

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ANELISE RODRIGUES CAETANO

**A INJÚRIA RACIAL COMO CRIME DE RACISMO PARA FINS  
CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL  
ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE RACISMO**

FLORIANÓPOLIS  
2018

ANELISE RODRIGUES CAETANO

**A INJÚRIA RACIAL COMO CRIME DE RACISMO PARA FINS  
CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL  
ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE RACISMO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
banca examinadora da Universidade Federal  
de Santa Catarina - UFSC, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito

Orientador: Professor, Francisco Bissoli Filho,  
Dr.

FLORIANÓPOLIS  
2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

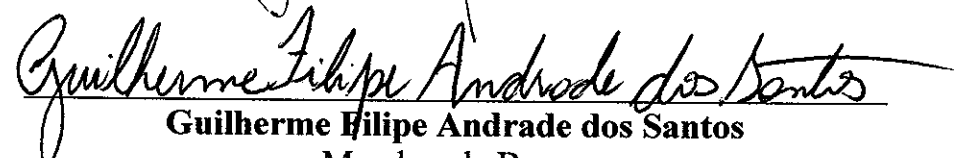
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A injúria racial como crime de racismo para fins constitucionais: um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da abrangência do conceito de racismo**”, elaborado pela acadêmica **Anelise Rodrigues Caetano**, defendido em **03/12/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (100%), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

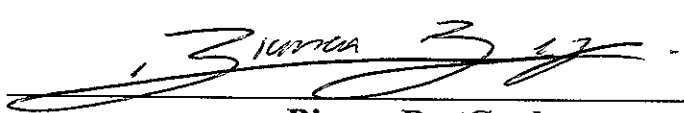
Florianópolis, 03 de dezembro de 2018



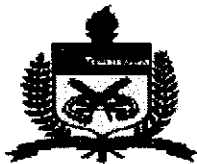
**Francisco Bissoli Filho**  
Professor Orientador



**Guilherme Filipe Andrade dos Santos**  
Membro de Banca



**Bianca Bez Goulart**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluna: Anelise Rodrigues Caetano

RG: 4.115.391

CPF: 083.986.499-09

Matrícula: 14100199

**Título do TCC: A injúria racial como crime de racismo para fins  
constitucionais: um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da  
abrangência do conceito de racismo**

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

Eu, Anelise Rodrigues Caetano, acima qualificada; venho, pelo presente termo,  
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico  
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 03 de dezembro de 2018.

Assinatura manuscrita da aluna Anelise Rodrigues Caetano.

---

**ANELISE RODRIGUES CAETANO**

## AGRADECIMENTOS

Só de pensar em tudo e em tantas pessoas que tenho a agradecer, fico emocionada.

Primeiramente, agradeço a Deus pela minha existência, por interceder na minha vida com seus propósitos e por colocar tantas pessoas maravilhosas no meu caminho.

Ao meu (ex) chefe e estimado orientador, Professor Dr. Francisco Bissoli Filho, agradeço por tudo que fez por mim nesses anos. Obrigada pelo entusiasmo, confiança e incentivos depositados neste trabalho desde o princípio, e, também, pela constante paciência em lidar com os imprevistos durante a construção desta monografia. Ainda, agradeço imensamente pela honra e oportunidade de ter integrado a equipe da 16ª Procuradoria de Justiça Criminal, durante quase dois anos de estágio no Ministério Público de Santa Catarina, período no qual somei mais aprendizados aos previamente adquiridos como sua aluna na disciplina de Direito Penal II na UFSC.

Aos meus pais, agradeço por todo amor e confiança, pelos incentivos e investimentos na minha educação, e por me guiarem ao longo da vida mostrando um caminho de honestidade e valores. Ao meu pai, Murilo, obrigada por sempre acreditar na minha capacidade - principalmente quando eu me questiono - e por se orgulhar tão intensamente das minhas conquistas. À minha mãe, Simone, obrigada por não medir esforços para proporcionar tudo que é possível a mim e à minha irmã Camila, e por ser um exemplo de força, perseverança e êxito profissional a ser seguido.

À minha (segunda) mãe do coração, Eunice, obrigada por ter aberto as portas da sua casa para ser o meu novo lar, e por todo amor, carinho e dedicação com que me trata há mais de 20 anos.

Às minhas amigas, Ana Maria, Camila, Eduarda e Jéssyca, dos tempos de criança no Colégio Criativo, pra vida. Agradeço cada uma por suas amizades, longas e duradouras, e por serem, cada uma da sua maneira, presenças tão marcantes na minha vida.

Aos meus amigos Fernando, Marcos e Pedro, pela amizade sincera e peculiar – a cara do nosso grupo. Obrigada pela nossa parceria, por nossas risadas (que não são poucas) e por compreenderem meus constantes “não posso, tô no TCC!” durante esses meses.

Às amigas que a graduação me presenteou: Fernanda, Gabriela, Luísa, Pâmela e Valéria, obrigada pelos momentos compartilhados nesses anos de convivência diária, bem como pela amizade construída, que há muito tempo transcendeu o espaço da UFSC. Ainda,

um agradecimento especial à Pâmela, pela parceria e companheirismo durante os quatro semestres de EMAJ.

À minha amiga e futura colega de profissão, Thamires, mesmo que 700 km distante, agradeço por sempre estar por perto e por termos trilhado nossos cinco anos de faculdade de Direito juntas.

À minha querida chefe, Dra. Flávia Dreher de Araújo, obrigada pela receptividade e atenção de sempre, tanto nos esclarecimentos de dúvidas jurídicas, quanto nas conversas - não planejadas - sobre a vida. Agradeço, também, por toda compreensão e anuência com os meus pedidos.

Ao Professor Luciano Goés e ao Mestrando Guilherme Filipe Andrade dos Santos, obrigada pela gentileza, entusiasmo e prontidão com quem aceitaram fazer parte da minha banca de avaliação.

À minha colega Bianca Bez Goulart, agradeço não só por compor a minha banca, mas também pelo aprendizado, iniciado nas monitorias de Direito Penal II e posteriormente consolidados, diariamente, durante o meu estágio na 16ª Procuradoria de Justiça Criminal.

Aos meus colegas de GEN Mandela e LeGon, agradeço pela militância e resistência.

Por fim, aos demais familiares e amigos, e também a todos que estiveram ao meu lado e de alguma forma contribuíram positivamente durante esses cinco anos de graduação e/ou durante a construção desta monografia, o meu MUITO OBRIGADA!

*[...] É sobre luta, sobre nos amar. É sobre viver e sobreviver. É sobre luta, sobre conquistar. É sobre fazer valer.  
Toda força, mulher preta. Toda garra, mulher preta. Quanta força, mulher preta. Somos glória, mulher preta [...].* (Rimas e Melodias; 2017).

*[...] Deixa eu devolver o orgulho do gueto, e dar outro sentido pra frase: “tinha que ser preto” [...].* (Emicida; 2010)

*[...] Deixo a minha fé guiar; sei que um dia chego lá; porque Deus me fez assim; dona de mim [...].* (Iza; Arthur Marques, 2018).



## RESUMO

CAETANO, Anelise Rodrigues. *A injúria racial como crime de racismo para fins constitucionais: um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da abrangência do conceito de racismo*. 2018. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis. 2018.

Esta monografia trata do racismo sob uma ótica diferenciada, ao trazer para discussão a possibilidade de inserção do crime de injúria racial (o qual está previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal) no conceito de racismo, para fins constitucionais, ou seja, visando a incidência das restrições constitucionais da imprescritibilidade e da inafiançabilidade naquele delito. Inicialmente, no primeiro capítulo, a temática é direcionada aos aspectos históricos, sociológicos e jurídicos do racismo. Nesta parte do trabalho, são feitas considerações acerca da presença e dos efeitos do racismo no Brasil, especialmente sobre a população negra, se não a maior vítima, com certeza uma das mais estigmatizadas pelo fenômeno político-social em solo brasileiro. Em seguida, é elaborado o conceito sociológico do racismo, e, por fim, são trabalhados os distintos tipos penais de caráter racial presentes no ordenamento jurídico brasileiro. No capítulo segundo, analisam-se as restrições constitucionais do crime de racismo: imprescritibilidade e inafiançabilidade. Primeiramente, é conferida uma atenção especial à prescrição penal, notável instituto do Direito Penal. Em seguida, a abordagem recai sobre a imprescritibilidade penal, inclusive com comentários sobre sua pouca incidência e aceitação no ordenamento jurídico pátrio, vez que só aplicada a dois tipos penais presentes no nosso país, os quais estão previstos na Constituição Federal de 1988. Após uma breve explanação sobre fiança e inafiançabilidade penal, o segundo capítulo se encaminha para a análise do racismo como crime inafiançável e imprescritível, tendo como base o “Caso Ellwanger”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual as publicações antisemitas feitas pelo jornalista Siegfried Ellwanger Castán foram confirmadas como sendo racistas, ainda que os judeus não integrem uma raça. Encerrando esta monografia, no terceiro capítulo, em um primeiro momento, são abordadas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrárias e favoráveis à inserção da injúria racial no conceito de racismo. Derradeiramente, neste mesmo capítulo, são efetuadas considerações acerca dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a partir dos quais se sustenta que o crime do artigo 140, § 3º, do Código Penal, deve se inserir no conceito de racismo e, conseqüentemente, receber o correspondente tratamento constitucional.

**Palavras-chave:** Racismo. Injúria Racial. Direito Penal. Direito Constitucional. Prescrição. Imprescritibilidade. Fiança. Inafiançabilidade. Caso Ellwanger. Supremo Tribunal Federal. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Igualdade.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 O RACISMO: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS.....</b>	<b>11</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	11
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS .....	11
2.3 CONCEITUAÇÃO SOCIOLÓGICA DO RACISMO .....	23
2.4 OS DISTINTOS TIPOS PENAIS DE CARÁTER RACIAL.....	27
2.4.1 Breves considerações acerca da evolução legislativa .....	27
2.4.2 Os tipos penais previstos na Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional) .....	29
2.4.3 Os tipos penais previstos na Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Crimes de Preconceito).....	29
2.4.4 O crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, do Código Penal) .....	35
2.4.5 Distinções entre os tipos penais de caráter racial .....	37
<b>3 A IMPRESCRITIBILIDADE E A INAFIANÇABILIDADE DO CRIME DE RACISMO .....</b>	<b>39</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	39
3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL .....	39
3.2.1 Aspectos históricos .....	39
3.2.2 Conceituação e caracterização .....	42
3.2.3 Teorias que justificam a prescrição .....	43
3.2.3.1 Teoria do esquecimento .....	44
3.2.3.2 Teoria da expiação do criminoso .....	44
3.2.3.3 Teoria da piedade.....	45
3.2.3.4. Teoria da dispersão das provas .....	45
3.2.3.5 Teoria da emenda.....	46
3.2.3.6 Teoria psicológica.....	46
3.2.3.7 Teoria orientada por princípios de política criminal .....	46
3.2.4 Tipos de Prescrição .....	47
3.2.4.1 Prescrição da pretensão punitiva .....	47
3.2.4.1.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata.....	48
3.2.4.1.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa .....	48
3.2.4.1.3 Prescrição da pretensão intercorrente ou subsequente .....	48
3.2.4.2 Prescrição da pretensão executória.....	49
3.2.4.2.1 Prescrição da pretensão executória da pena integral.....	49
3.2.4.2.2 Prescrição da pretensão executória da pena residual .....	49

<b>3.2.5 A imprescritibilidade penal</b> .....	<b>49</b>
3.2.5.1 Aspectos históricos e teóricos .....	49
3.2.5.2 A imprescritibilidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro.....	51
<b>3.3 A INAFIANÇABILIDADE</b> .....	<b>53</b>
<b>3.4 O RACISMO COMO CRIME IMPRESCRITÍVEL E INAFIANÇÁVEL</b> .....	<b>54</b>
<b>4 A (IM)POSSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA INJÚRIA RACIAL NO CONCEITO DE RACISMO PARA OS FINS CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>63</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	63
4.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DESFAVORÁVEIS À INSERÇÃO DA INJÚRIA NO CONCEITO DE RACISMO.....	63
<b>4.2.1 Posições doutrinárias</b> .....	<b>63</b>
<b>4.2.2 Posições jurisprudenciais</b> .....	<b>64</b>
4.2.2.1 Apelação Criminal n. 2010 01 1 117388-3, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (caso “Paulo Henrique Amorim x Heraldo Pereira”) .....	64
4.2.2.2 Apelação Criminal n. 2009.039054-2, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina .....	68
4.3 POSIÇÕES FAVORÁVEIS À INSERÇÃO DA INJÚRIA RACIAL NO CONCEITO DE RACISMO .....	70
<b>4.3.1 Posições doutrinárias</b> .....	<b>70</b>
<b>4.3.2 Posições jurisprudenciais</b> .....	<b>73</b>
4.3.2.1 Caso “Paulo Henrique Amorim x Heraldo Pereira”: Agravo em Recurso Especial n. 686.965/DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 983.531, julgado pelo Supremo Tribunal Federal .....	73
4.3.2.2 Apelação Criminal n. 0000188-83.2010.8.24.0103, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	75
4.4 UMA ABORDAGEM DO DA INJÚRIA RACIAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....	76
<b>4.4.1 Aspectos gerais e introdutórios sobre os princípios</b> .....	<b>76</b>
<b>4.4.2 O princípio da dignidade da pessoa humana</b> .....	<b>78</b>
<b>4.4.3 O princípio da igualdade</b> .....	<b>82</b>
<b>4.4.3 Fundamentação sobre a inserção da injúria racial no conceito de racismo decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade</b> .....	<b>85</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>90</b>
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No país em que vivemos, existe a ideia de que os tempos de escravidão negra foram superados, tendo permanecido, tão somente, nos séculos passados, não acarretando prejuízos históricos e estigmas aos descendentes daqueles que foram submetidos a essa forma degradante de submissão humana. Já que o povo brasileiro, por sua grande miscigenação, acredita ser bastante “cordial, hospitaleiro e livre de preconceitos”, persiste a ideia de que vivemos em uma democracia racial.

Indo de encontro a esta crença fomentada por muitos, cada vez mais frequentes são as ocorrências de casos de racismo, notadamente injúrias de cunho étnico-racial direcionadas a pessoas comuns, mas, não raramente, também, contra artistas e pessoas públicas (por isso tão veiculadas), especialmente pela *internet*, meio que passa a falsa concepção de que a tela do computador (ou *tablet*, ou celular) é um escudo que lhe salva das possíveis consequências que suas declarações podem acarretar.

No entanto, os meios digitais são, apenas, uma das formas de proliferação do racismo e da injúria racial, uma vez que os delitos ocorrem, na maioria das vezes, pessoalmente, por meio de ofensas físicas, verbais, ou, até mesmo, de maneira velada, de forma a obstar, por exemplo, o acesso de pessoas a espaços abertos ao público, como instituições de ensino, restaurantes, bares, centros esportivos etc.

Todavia, ainda que com o conteúdo bastante parecido, o entendimento majoritário das doutrinas e jurisprudências brasileiras é no sentido de que, para a configuração de crime de racismo, é necessário que a manifestação do preconceito seja proferida em relação a uma coletividade. Esse crime é considerado imprescritível e inafiançável. Em sentido oposto, tem-se que a injúria racial resulta configurada quando, para ofender *uma única pessoa*, são utilizados elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Nessa modalidade delitiva, o direito de representação do ofendido decai em seis meses e é possível a concessão de fiança para o ofensor responder o processo em liberdade.

No entanto, se um indivíduo se vale dos elementos acima delineados para ofender alguém, qual a razão para conferir tratamentos diferentes às condutas, se, claramente, tanto o racismo quanto a injúria racial se configuram em atitudes racistas que ferem a honra e a dignidade da vítima enquanto pessoa?

Pensando nisso, este trabalho tem como ponto central o seguinte problema: “Quais são as posições doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras acerca da inserção da injúria racial no conceito de racismo, para os fins do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, e se essa inserção encontra fundamento nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana?”.

Por este motivo, o objetivo geral desta monografia é descrever as posições doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras acerca da inserção ou não da injúria racial no conceito de crime racismo para fins das restrições previstas na Constituição Federal, e investigar se essa inserção encontra ou não respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ainda, figuram como objetivos específicos deste trabalho monográfico: discorrer sobre o racismo, de modo a conceitua-lo e caracteriza-lo, bem como trazer dados históricos acerca de sua ocorrência e proliferação ao longo dos séculos no Brasil; discorrer sobre as restrições constitucionais do crime de racismo, quais sejam, a imprescritibilidade e a inafiançabilidade; descrever as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam da inserção ou do afastamento da injúria racial no conceito de racismo; e argumentar acerca de qual dessas correntes melhor tutela a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

O trabalho será realizado seguindo o método de abordagem dedutivo, fundado na consulta à doutrina, à legislação e à jurisprudência dos tribunais pátrios. Como método de procedimento, será adotado, nos capítulos I e II e parte do III, o método descritivo, pois serão descritos os caracteres do racismo, trazendo, também, considerações sobre sua ocorrência no Brasil; igualmente, no capítulo II, descrever-se-ão a prescrição e a imprescritibilidade, bem como a fiança e a inafiançabilidade, e se exporão as razões de o racismo estar sujeito a essas restrições constitucionais; nos itens 1 e 2 do capítulo III, serão descritas as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da inserção ou do afastamento da injúria racial no/do conceito de crime racismo. No item 3 do capítulo III, será adotado o método argumentativo, com vistas a demonstrar quais dessas correntes é a que melhor tutela a dignidade da pessoa humana e a igualdade. A técnica de pesquisa é documental. A teoria de base é a relacionada aos direitos humanos.

Em sua estrutura, este trabalho monográfico será dividido em três capítulos.

No capítulo inaugural, o racismo será tratado sob os prismas históricos, sociológicos e jurídicos. Primeiramente, serão abordadas as questões históricas acerca do fenômeno racial, especialmente sua presença permanente no Brasil, uma verdadeira constante desde o

descobrimento do país. O tratamento de coisa e o modo degradante com que os escravizados eram tratados, além da negligência estatal após a abolição da escravidão, foram alguns dos fatores que culminaram na criação da figura negativa do negro no Brasil, razão pela qual, mesmo após a libertação, passaram a ser (ainda mais) discriminados, tanto pela sociedade, quanto pelo aparato estatal, que criminalizava a capoeira e a vadiagem, “hábitos típicos” dos afrodescendentes. Com base nessas informações históricas e sociológicas, na segunda parte deste capítulo, o racismo será conceituado segundo sua concepção sociológica. Na terceira parte, trabalhar-se-á os tipos penais de caráter racial, os quais estão presentes na Lei de Segurança Nacional, no Código Penal e na Lei n. 7.716, de 7 de janeiro de 1989 (Lei Caó). Sobre cada um desses delitos, serão feitas considerações acerca de seus modos de configuração, suas quantidades de pena e regimes de cumprimento, e, por fim, será traçado um comparativo dos aspectos divergentes entre eles.

No segundo capítulo, serão abordadas as restrições constitucionais do crime de racismo, quais sejam, a imprescritibilidade e a inafiançabilidade. Em um primeiro momento, a abordar-se-á a prescrição penal, narrando seu surgimento e posterior inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Também será apresentada a sua conceituação e serão descritos os tipos de prescrição e as teorias justificadoras deste importante instituto do Direito Penal. Em seguida, tratar-se-á da imprescritibilidade, instituto penal oposto ao anterior, o qual é considerado não condizente com o Direito Penal Moderno e, também, de pouca aplicação em nosso país, haja vista sua incidência em apenas dois crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro: o racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, ambos previstos no artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal de 1988. Por fim, abordar-se-á a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do racismo. Para esse propósito, optou-se pela análise do “Caso Ellwanger”, de célebre e memorável julgamento feito pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2002 e 2003.

No terceiro e último capítulo, discorre-se sobre a (im)possibilidade de inserção da injúria racial no conceito de racismo para os fins constitucionais. Nos seus dois primeiros tópicos, serão demonstradas, respectivamente, as posições doutrinárias e jurisprudenciais desfavoráveis e favoráveis à referida inserção, para, em seguida, tratar-se dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais são fundamentais para a construção de um embasamento mais sólido acerca da resposta ao problema central do trabalho, momento em que se sustentará a inserção da injúria racial no conceito de racismo e, conseqüentemente,

a aplicação das restrições constitucionais relativas à inafiançabilidade e à imprescritibilidade àquele crime.

## 2 O RACISMO: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS E JURÍDICOS

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo tem como objetivo descrever os aspectos históricos, sociológicos e jurídicos do racismo. Dividido em três itens, pretende-se, no primeiro, descrever os seus aspectos históricos, haja vista que o racismo, mesmo que frequentemente em pauta na atualidade, encontra as suas origens no tempo da escravidão negra e no período da pós-abolição da escravatura do Brasil, e suas consequências se fazem presentes até hoje. No segundo item, tratar-se-á do conceito sociológico de racismo, no qual serão abordadas pautas relevantes que compõem essa realidade, como o “branqueamento” suportado pela população brasileira no século passado, bem como a teoria de “democracia racial”, que é um verdadeiro mito, por não condizer com a realidade do nosso país. Por fim, no terceiro item, serão descritos os tipos penais raciais que existem nos diferentes diplomas legais brasileiros.

### 2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

O preconceito de cor no Brasil - ou racismo eufemístico – teve suas raízes na forma como o país foi colonizado e, posteriormente, na forma como a nação foi dominada pelo sistema imperialista. Isso porque o sistema escravista determinou, em toda a extensão do Brasil, o ritmo de desenvolvimento e o conteúdo das relações interétnicas entre os brasileiros (MOURA, 1983, p. 15).

Nessa esteira, as desigualdades originadas entre as etnias existentes no Brasil podem ser consideradas uma mancha na história do país. Essa disparidade, fortalecida por meio de estratégias de subordinação e invisibilidade do povo negro, continua sendo um dos traços que mais evidenciam a falta de equidade no Brasil.

No entanto, quando se menciona um sistema classificatório racial no Brasil, este com base em uma escala de valores e costumes racistas, não está se referindo a algo elaborado e positivado legalmente. Sendo assim, nunca existiu, em solo brasileiro, um “Código Negro”, que institucionalizasse, por exemplo, as relações entre os escravizados e seus senhores, ou ainda algo como o *Apartheid*, na África do Sul, ou o *Jim Crow*, nos Estados Unidos.



Todavia, ainda que não codificado e institucionalizado, o racismo no Brasil perdurou durante os quase 400 anos de escravidão negra do país e se mantém até hoje com suas particularidades.

Indo ao encontro com a realidade daquela época, Moura (1994, p. 2) pontua:

Enquanto as classes dominantes, suas estruturas de poder e elites deliberantes aplicavam essa estratégia discriminatória, através de uma série de táticas funcionando em diversos níveis e graus da estrutura, elaboravam, em contrapartida, como mecanismo de defesa ideológica a filosofia do branqueamento espontâneo via miscigenação e como complemento apresentavam-nos como o laboratório piloto da confraternização racial, cujo exemplo deveria ser seguido pelos demais países polietnéticos.

Na sua origem, o racismo constituiu-se e consolidou-se por meio do exercício da agressão, da conquista, da dominação ou do extermínio de qualquer grupo humano que estivesse fora do “padrão” (MOORE, 2007, p. 285).

Os negros foram logrados no processo de construção da sociedade brasileira e deixados à margem nas periferias. Trazidos como escravos, além de terem suas raízes culturais africanas retiradas pela escravidão, eram tratados como mercadoria barata pelos seus senhores. Assim,

Para todos os efeitos civis – contratos, heranças, etc – o africano escravizado não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto, para efeito da persecução penal, o mesmo era considerado responsável, imputável, humano; isso se figurasse como acusado, visto que, na condição de vítima, tendo uma parte de seu corpo mutilada, por exemplo, a lesão era qualificada juridicamente como mero dano – algo atinente ao direito de propriedade e não ao direito penal. Do mesmo modo, caso um escravo fosse sequestrado, configurado estaria o crime de furto, ou de roubo. Numa palavra: sendo acusado era considerado pessoa. Sendo vítima, era considerado como coisa, ou, na melhor das hipóteses, semovente. (SANTOS, 2011, p. 20).

Não obstante,

[...] tiraram-lhe de forma definitiva a territorialidade, frustraram completamente a sua personalidade, fizeram-no falar outra língua, esquecer as suas linhagens, sua família foi fragmentada e/ou dissolvida, os seus rituais religiosos e iniciáticos tribais se desarticularam, o seu sistema de parentesco completamente impedido de ser exercido, em com isto, fizeram-no perder, total ou parcialmente, mas de qualquer forma, significativamente, a sua ancestralidade. (MOURA, 1994, p. 159)

Com o tratamento de “coisa” que lhes era dispensado, inclusive pelo direito da época, “o negro não tinha [...] possibilidades de ascender socialmente, a não ser como quilombola, quando quebrava os padrões de *normalidade* estabelecidos para formar comunidades próprias” (MOURA, 1983, p. 11).

Passado o tempo, de forma tardia, em 13 de maio de 1888, com a chamada “Lei Áurea”, a escravidão foi abolida no Brasil, sem nenhuma indenização, reparação ou suporte aos

escravizados, pois “os abolicionistas limitaram-se a libertar o escravo, sem pensar em sua reinserção econômica e social” (MATTOSO, 2003, p. 240), fato este que fortaleceu a base do processo de desigualdades sociais entre as etnias que compõem a sociedade brasileira, que tem seus reflexos até os dias atuais.

Mesmo libertados os escravos, o estigma de seres – isso quando considerados como tais – inferiores continuou vitimando a população que já era vítima há quase quatro séculos.

Acerca da visão que a sociedade carregava dos ex-escravos, Mattoso (2003, p. 230) assevera:

[...] Na São Paulo do século XIX, [...] a pigmentação da pele torna-se símbolo da condição social do indivíduo. A sociedade branca dominante põe milhares de óbices à integração e à assimilação do negro [...] as relações sociais são frias e duras. A sociedade paulista chega até a exigir dos libertos, dos negros e das faixas de população livre, tipos de comportamento iguais aos dos escravos: respeito e contenção de linguagem, gestos circunspectos, discrição na expressão e na voz. A vocação de humilde do escravo deve perpetuar-se em todas as atitudes dos negros e mestiços livres [...].

Além do descaso com o qual os ex-escravizados eram tratados, depois da libertação destes, com a grande quantidade de negros “sem rumo” nas ruas, iniciou-se mais um grande problema social, pois, “sem ter onde morar, ou como sobreviver dignamente, formaram aglomerações” e, por “serem discriminados, alojavam-se em locais mais afastados e de forma desorganizada, essas aglomerações se transformaram em periferias e comunidades sem infraestrutura, favelizadas” (SANTOS, 2011, p. 26).

No pós abolição da escravatura:

[...] Durante três dias e três noites cantou-se, dançou-se, todo mundo se divertiu. Os sons dos atabaques encheram a ilha. No quarto dia, o feitor mandou reunir os ex-escravos. E os despediu. Deviam deixar imediatamente a fazenda. Ali não havia mais lugar pra eles. Começa nesse instante uma vida de errância e sofrimento [...]. Nos primeiros dias, os libertos da ilha lhes dão de comer. Gradualmente, porém, eles são forçados a dispersar-se. Muitos atravessam a baía, refugiam-se na grande cidade, acrescentam-se a uma população marginal que tem todas as dificuldades do mundo para arranjar trabalho. A abolição não forneceu qualquer garantia de segurança econômica, nenhuma assistência especial a esses milhares de escravos libertados. Lei áurea, sem dúvida, mas que abandona à sua sorte o liberto, desorganiza os circuitos de trabalho em benefício dos homens livres e anula os ajustamentos sociais criados por três séculos de sistema escravista [...]. (MATTOSO, 2003, p. 239).

Em resumo:

Estavam livres todos os negros, porém, sem direção e sentido. Estes libertos, assim o eram apenas em seus corpos, que não mais eram presos nas senzalas e nos troncos, mas em suas mentes e em sua moral continuavam escravos. Não tinham educação escolar, moradia, alimentação e nem mesmo tinham o respeito das pessoas, pois

sofriam diversas discriminações pelos simpatizantes do sistema escravocrata em queda iminente. (SANTOS, 2011, p. 26)

Com o fim da escravidão, os escravos libertados, como mencionado acima, foram jogados nas ruas das cidades que se formavam, em busca de empregos. Na nova realidade, o preconceito de cor passou a ser um mecanismo de barragem permanente, à medida que estereótipos eram criados com o intuito de justificar porque os ex-escravos não seriam aproveitados. Assim, aquele que “durante quase quatro séculos foi o único trabalhador da sociedade brasileira, passou a ser considerado preguiçoso, ocioso, de má índole para o trabalho” (MOURA, 1983, p. 11).

Indo ao encontro dessa realidade, o preconceito de cor funcionou, ainda, como um mecanismo regulador do capitalismo dependente, a fim de manter baixos padrões de salários nas classes sociais menos favorecidas e da classe operária por abrangência. O sistema mantinha os negros sob controle, pois havia a necessidade de existência e posterior continuidade de uma franja marginal no meio social, o que, necessariamente, acarretaria em baixos salários para os trabalhadores. Sendo assim, foi a população negra que ocupou essa franja marginal (MOURA, 1983, p. 25-133).

Convém ressaltar que existe uma concepção errônea de que não houve legislação segregacionista ou racista no Brasil. No entanto, até chegarmos aos avanços legislativos atuais, os quais serão abordados oportunamente, e que ainda são insuficientes, outras leis vigoraram, entre elas, o Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, conhecido como Código Penal Republicano.

Nos artigos 402 e 403 desse diploma legal, a vadiagem, tal qual a capoeiragem, eram considerados crimes, com prisão de até 6 (seis) meses. Geralmente eram condenados por esse crime aqueles que se encontravam em situação marginal, como os desempregados e mendigos, os quais, em grande parte, eram negros. Logo, de acordo com Santos (2011, p. 23), um exemplo “de uma legislação brasileira evidentemente de cunho racista e que contraria a afirmação de que o Brasil não teve legislação desse tipo”.

Por isso:

O Código Penal Republicano representou mais um dissabor à população negra, haja vista que “era direcionada [...] a quem se encontrava em situação de miséria vagando pelas ruas das cidades”, ao passo que, punindo a vadiagem, “penalizava diretamente os ex-escravos que foram abandonados no pós-escravidão, sem recursos e sem ter a quem recorrer” (SANTOS, 2011, p. 27).

Em suma, a situação social do negro depois da abolição, é vista à luz da herança do antigo regime. Preconceito e discriminação raciais, despreparo cultural para assumir sua condição de cidadãos e de trabalhadores livres, já que vistos como ex-escravos, culminaram na marginalização e desclassificação social dos negros, fato que se estendeu por diversas gerações (GONZALEZ e HASENBALG, 1982, p. 86).

Nesta linha de exposição, de estigmas e barreiras para ascensão social, Hasenbalg (*apud* SCHUCMAN, 2010, p. 47), pontua que:

[...] a raça é componente importante nas estruturas sociais, ou seja, a exploração de classe e a opressão racial se articulam como mecanismos de exploração do povo negro, e esse processo resultou nas desigualdades da população negra. Os negros foram ao longo do tempo, explorados economicamente e essa exploração foi praticada por classes ou frações de classes dominantes brancas [...] a raça constitui um critério seletivo no acesso à educação e ao trabalho [...]

De outro lado, o país incentivou a imigração europeia, fortalecendo a política do próprio Estado de branqueamento da população brasileira, pois “[...] cumpria a todo preço que esse novo Brasil independente fosse um Brasil ‘europeu’” (MATTOSO, 1983, p. 224). Assim, o migrante estrangeiro chegava ao Brasil como o modelo ideal de povoador, com superioridade e trabalhador perseverante, características estas que não eram atribuídas aos descendentes de africanos. Nesse sentido, conforme asseverado por Moura (1983, p. 11-12):

O que interessava, no entanto, através dessa tela de valores e julgamentos negativos contra o negro e favoráveis ao branco, era que o negro fosse alijado como trabalhador por ser *negro*, pois o ideal das classes dominantes era fazer do Brasil uma nação branca.

Tem-se que, desde o início, o racismo foi uma realidade social e cultural baseada no fenótipo, antes mesmo de se tornar algo político e econômico, baseado na biologia. O fenótipo é um elemento que não se presta a negações ou confusões, pois é objetivo e real. Na maioria das vezes, os fenótipos, não os genes, são os “fantasmas” que circulam no imaginário social e que servem de linha de demarcação entre os grupos raciais e como ponto de partida e/ou referência quando se formam as discriminações raciais (MOORE, 2007, p. 22).

Por isso:

[...] Os traços negroides, especialmente numa pessoa por quem se tem amizade, simpatia, ou preferência, causam pesar, do mesmo modo por que o causaria um “defeito” físico. Desde cedo se incute, no espírito da criança branca, a noção de que os característicos negroides enfeiam e tornam seu portador indesejável [...] (NOGUEIRA, 2006, p. 296)

Nesse sentido, numa sociedade com um considerável nível de escravos, mulatos, curibocas, mamelucos e indivíduos frutos de outros “cruzamentos”, o ideal de superioridade era o branco. A partir desse padrão, foram criados símbolos com o objetivo de justificar essa alienação, com inversão de valores, enquanto o negro passava a ser considerado como inferior, tanto biológica, quanto psicologicamente e culturalmente.

Sobre fenótipos, conforme Schucman (2010, p. 48), as pessoas constroem, no mundo racializado em que vivem, suas visões sobre si mesmos, tendo como contraponto a visão física do outro. No entanto, tais visões não possuem simetria, haja vista que o racismo causa a sensação de que pessoas brancas são neutras e/ou transparentes, quase seres humanos desracializados.

A partir disso:

[...] o branco aparece no imaginário e, portanto, nas experiências concretas dos indivíduos de nossa sociedade como sujeitos onde cor e raça não fazem parte de suas individualidades. Já o negro é percebido e significado como portador de raça – ou seja, é “o outro” racializado, representante de toda uma coletividade de sujeitos racializados em que tanto “raça” como “cor” fazem parte de suas experiências cotidianas. (SCHUCMAN, 2010, p. 48)

Assim, sendo atingido pelo ideal de superioridade branco, e “tendo que livrar-se da concepção tradicionalista que o definia econômica, política e socialmente como inferior e submisso, e não possuindo uma outra concepção positiva de si mesmo” (SOUZA, 1983, p. 19), o povo negro foi forçado a adotar o branco como modelo de identidade, ao estruturar e colocar em prática a única estratégia de ascensão social que tinha à sua disposição.

Por conseguinte, segundo Souza (1983, p. 19), “a sociedade escravista, ao transformar o africano em escravo, definiu o negro como raça, demarcou o seu lugar, a maneira de tratar e ser tratado, os padrões de interação com o branco e instituiu o paralelismo entre cor negra e posição social inferior”.

Na primeira metade do século XX, segundo Silva (2012, p. 45), a questão racial já havia sido objeto de um debate, o qual surgiu por meio de teorias racistas, que idealizavam o branqueamento da população brasileira, com políticas públicas que incentivavam a imigração do povo europeu e estimulavam a miscigenação, com o intuito de dissolver o cidadão negro dos componentes da sociedade brasileira.

Nessa mesma esteira, Duarte (1998, p. 90) aponta a existência de duas ideologias distintas: a da democracia racial e a do branqueamento, as quais, conforme Schucman (2010, p. 45), são “[...] manobras políticas das elites, tendendo a encobrir ainda mais todo o processo

de reconhecimento da discriminação brasileira”. Na ideologia do branqueamento, é admitida a existência de conflitos entre negros e caucasianos, conflitos estes, sobretudo, da sociedade com costumes europeus contra a sua “marca de atraso”, ou seja, as populações negras. Assim, a existência de uma questão de cunho racial se transforma no discurso reproduzido pelas elites no “problema negro”, ou seja, ela é colocada em termos evidentemente racistas como problema público, que teria solução no âmbito privado por meio da miscigenação, que viria a ser implantada com a ajuda do poder público, e de políticas de imigração.

Com a ideologia do branqueamento da população, “o ideal era chegar-se, quando não se era branco, pelo menos a um tipo que, na escala cromática estabelecida, mais se aproximasse dele e mais se afastasse do negro” (MOURA, 1983, p. 22). Assim, os negros, tanto em fenótipo quanto em genótipo, passaram a ser radicalmente discriminados, inclusive por mulatos e mestiços, com “políticas de peneiramento” eficazes.

Desta forma:

O negro [...] é apresentado como modelo do delinquente da nossa sociedade. De Zumbi a João Cândido, nunca o negro foi julgado como preso político, mas, sempre, como criminoso comum. A imagem do negro criminoso [...] contumaz pelos órgãos de repressão, é uma constante no subconsciente do brasileiro. Essa imagem, esse símbolo, não passa de uma justificativa das classes dominantes no sentido de mantê-lo nas favelas, alagados, cortiços, pardieiros e invasões, de um lado, e, de outro, impedir que os trabalhadores engajados no processo de trabalho reivindiquem melhores condições de vida e distribuição de renda, porque há permanentemente, uma massa de pressão marginalizada mantida pelo modelo neste sentido (MOURA, 1983, p. 26)

Nesse diapasão, de acordo com Souza (1983, p. 20), em países com sociedades de classes multirraciais, tal qual o Brasil, existe uma relação entre classe social e cor de pele, haja vista que “a raça exerce funções simbólicas (valorativas e estratificadoras)”, pois “possibilita a distribuição dos indivíduos em diferentes posições na estrutura de classe, conforme pertençam ou estejam mais próximos dos padrões raciais de classe/raça dominante”. Assim, quanto mais “caucasoide” a pessoa for, maior será o seu *status*. Consequentemente, quanto mais “negróide”, menor será o seu status perante o meio social.

Para Farias (2015, p. 20), o preconceito, no nosso país, tem caráter misto, haja vista que mescla questões de cor e situação econômica, uma vez que existem brancos que “aceitam” negros e, por outro lado, os negros mais ricos, muitas vezes, são atingidos por discriminações raciais, o que implica reconhecer que se está diante de um problema de raça e de classe.

Por essa razão, diz-se que, no Brasil, o preconceito racial é de *marca*, pois este “[...] se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os

traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque [...]”. O preconceito que aqui opera se distingue do preconceito racial existente nos Estados Unidos, pois, em solo americano “[...] basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as consequências [...]” (NOGUEIRA, 2006, p. 292), por essa razão, o preconceito norte-americano é de *origem*.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, pode-se dizer que a teoria do embranquecimento não se aplica à realidade americana, haja vista que, naquele país, um indivíduo mestiço, por mais “embranquecido” e sem características negroides que seja, não é considerado branco (NOGUEIRA, 2006, p. 294).

Assim:

[...] Mesmo de cabelos sedosos e loiros, pele alva, nariz afilado, lábios finos, olhos verdes, sem nenhum característico que se possa considerar como negroide e, mesmo, lhe sendo impossível, biologicamente, produzir uma descendência negroide (...) para todos os efeitos sociais, o mestiço continuará sendo um “negro”[...] (NOGUEIRA, 2006, p. 294).

Já a democracia racial, segundo Guimarães (*apud* SANTOS, 2011, p. 45), teve seu surgimento entre intelectuais brasileiros, no período do Estado Novo, em face do desafio de fazer com que o Brasil fosse inserido “no mundo democrático e livre em contraposição ao racismo e ao totalitarismo do nazi-fascismo vigente na época”. Assim, para além de um mito ou construção social, foi, tacitamente, um compromisso ou pacto político de “integração dos negros à nação brasileira, em termos simbólicos, por meio da adoção de uma cultura nacional mestiça e sincrética”.

Naquele contexto, a mestiçagem era tida por intelectuais e políticos como algo negativo, por, supostamente, ameaçar o futuro da nação com a mistura das “raças inferiores” (negros e indígenas) com a raça branca. No entanto, intelectuais como Gilberto Freyre inverteram a visão negativa atribuída à miscigenação, ao fomentarem a formação do Brasil como um país mestiço.

Com essa mudança de panorama:

As relações mestiças brasileiras contrariaram positivamente a ordem segregacionista estabelecida no mundo moderno, ordem esta que corporificou o racismo e suas práticas, ou seja, segregação tornou-se sinônimo ou evidência de racismo. Deste modo, a formação social brasileira destoava-se como uma sociedade que se misturava, consequentemente como uma nação onde não haveria racismo tornando-se um exemplo e ideal para o restante dos países. (SANTOS, 2011, p. 45).

Entre as consequências do mito da democracia racial está a ideia de “ausência de preconceito e discriminação raciais e, portanto, a existência de iguais oportunidades econômicas e sociais para negros e brancos” (GONZALEZ e HASENBALG, 1982, p. 84), pois se cria “[...] a imagem de que o dinamismo da sociedade brasileira se realiza de tal forma que se os negros estão atualmente na situação que se encontram é por culpa sua, pois as oportunidades são idênticas para uns e outros [...]” (MOURA, 1983, p. 129).

Por isso:

A inexistência de barreiras de cor e de segregação racial – baluartes da democracia racial – associada à ideologia do embranquecimento, resultava num crescente desestímulo à solidariedade do negro que percebia seu grupo de origem como referência negativa, lugar de onde teria que escapar para realizar, individualmente, as expectativas de mobilidade vertical ascendente. O caráter individualista da ascensão era coerente com as práticas da democracia racial que colocava ênfase na capacidade individual como responsável pela efetivação do projeto (SOUZA, 1983, p. 22).

Mas a miscigenação do povo brasileiro teve como consequência, também, o não-reconhecimento da existência e relevância das “raças” na formação e na dinâmica social do país e o tal não-reconhecimento resultou na ideia de ausência de racismo. Houve a confiança “que o anti-racialismo promoveria o anti-racismo no país”, todavia, as práticas racistas se mantiveram (e se mantém) de forma a marginalizar, tanto simbolicamente quanto materialmente, os negros (SANTOS, 2011, p. 46).

A título de esclarecimento, segundo Appiah (*apud* OLIVEIRA FILHO et. al., 2010) a visão racialista acredita que “[...] existem ‘características hereditárias’ nos seres humanos que permitem dividi-los em um pequeno número de raças cujos membros compartilham ‘certos traços e tendências’ entre si que não compartilham com nenhum membro de outra raça [...]”. Assim, os traços mencionados dariam forma à “essência racial” de determinados grupos humanos.

Apesar de não haver consenso, para Appiah (*apud* OLIVEIRA FILHO et. al., 2010), racismo e racialismo não são sinônimos, pois o segundo dá conta das características comuns dos grupos, e, apesar da possibilidade de causar discriminação, não necessariamente dará origem a isso, enquanto o racismo, em sua essência, é a própria discriminação.

Sobre essa questão:

No Brasil o ideário anti-racialista de negação da existência de raças fundiu-se logo à política de negação do racismo, como fenômeno social. Entre nós existiria apenas “preconceito”, ou seja, percepções individuais, equivocadas, que tenderiam a ser corrigidas na continuidade das relações sociais (GUIMARÃES, 1999, p. 149).



Quando são considerados os mecanismos que impedem a ascensão social do negro, devem ser adicionadas às práticas discriminatórias os efeitos da internalização, pela maioria da população negra, de sua autoimagem como sendo desfavorável, ao passo que o preconceito de cor se perfazia não apenas de forma a obstar a ascensão social, mas, sobretudo, “[...] redundava em verdadeiros danos à sua imagem, conduzindo-o a avaliações autodepreciativas” (SOUZA, 1983, p. 22).

Essa visão deturpada e maligna dos afrodescendentes começa a ser transmitida cedo, em textos escolares, por exemplo, e é solidificada pelos meios de comunicação de massa, muito embora já incorporada num conjunto de estereótipos e representações populares racistas. No entanto, as pessoas constroem suas identidades de forma dialógica, por essa razão, “[...] não há como um sujeito se reconhecer de forma positiva se a sociedade em que ele está inserido produz, acerca de seu grupo, estereótipos, preconceitos e discriminações que restringem a possibilidade de ser humano desses sujeitos” (SCHUCMAN, 2010, p. 49).

Por conseguinte:

[...] as práticas discriminatórias, a tendência a evitar situações discriminatórias e a violência simbólica exercida contra o negro reforçam-se mutuamente de maneira a regular as aspirações do negro de acordo com o que o grupo racial dominante impõe e define como os “lugares apropriados” para as pessoas de cor. (GONZALEZ e HASENBALG, 1982, p. 91)

Sem destoar, “[...] como naquela sociedade, o cidadão era o branco, os serviços respeitáveis eram os “serviços-de-branco”, ser bem tratado era ser tratado como branco”, tendo em mente que, para ser tratado como sujeito de direito, o negro, visando ascender socialmente, “organizou-se para a ascensão, o que equivale dizer: foi com a principal determinação de assemelhar-se ao branco – ainda que tendo que deixar de ser negro – que o negro buscou, via ascensão social, tornar-se gente” (SOUZA, 1983, p. 21)

Na incessante busca de repelir tudo o que se aproximasse do negro, os mulatos – ou mestiços –, filhos de negros com brancos (mas na etimologia da palavra, que advém do latim, “*mulus*”, significa mula, sim, o animal), obviamente também foram atingidos pelos ideais de embranquecimento da população, e tentaram se aproximar da “raça superior” (branco-europeia).

Dessa forma:

O fato de os estereótipos negativos estarem diretamente associados à cor e raça negra fez também com que os brasileiros mestiços e grande parte da população com descendência africana não se classificassem como negros, gerando um grande número de denominações para designar-se as cores dos não brancos, como por

exemplo: moreno, pessoa de cor, marrom, escurinho, etc. Desta maneira, essa forma de classificação eliminou a identificação dos mestiços com a negritude e fez com que estes não se classificassem como negros, bem como ajudou que permanecessem intactas todas as estereotípias e representações negativas dos negros (SCHUCMAN, 2010, p. 46)

É possível observar, ao longo do decorrer da história da humanidade, que tanto o senso comum quanto a ciência favoreceram a concepção de valorização de grupos etnocêntricos, atribuindo valores distintos a determinados grupos sociais, tendo essa valoração especial incidência nas representações das “minorias” e estabelecido hierarquias que infra-humanizam esses grupos minoritários, tidos como de baixo status (FARIAS, 2015, p. 19).

Por isso, mesmo que a construção de raça, biologicamente, já tenha sido considerada inexistente, não é necessária a sua legitimação pela ciência para que o racismo continue existindo, e é por essa razão que este fenômeno continua sendo uma realidade social (SCHUCMAN, 2010, p. 45). Assim, se o racismo resiste até a atualidade com tamanha magnitude e se prolifera cada vez mais, é porque, ao longo do tempo, ele se transformou em uma realidade aderente, entranhada na consciência popular e no meio social, com o poder de beneficiar, de várias formas, os usufrutuários de um sistema racializado e fenotipocêntrico.

Segundo Moore (2007, p. 286):

[...] no início do século XXI, muitos se dão conta de que está novamente em curso um vasto processo de racialização do mundo. O que ocorreu em outras épocas, a começar pelo ciclo das grandes navegações, descobrimentos, conquistas e colonizações, torna a ocorrer no início do século XXI, quando os indivíduos e coletividades, povos e nações, compreendendo nacionalidades, são levados a dar-se conta de que se definem, também ou mesmo principalmente, pela etnia, a metamorfose da etnia em raça, a transfiguração da marca ou traço fenotípico em estigma.

Fomos criados sob a concepção de que o racismo é uma construção ideológica, sendo, tão somente, uma questão de indecência e/ou ignorância daqueles que o praticam, as quais poderiam facilmente ser sanadas com educação. Ocorre que, como está sendo mostrado, evidências comprovam que o racismo se construiu ao longo da história da humanidade, e não apenas na ideologia individual que cada pessoa carrega consigo (MOORE, 2007, p. 279).

Além disso, a banalização do racismo passa a impressão de que as coisas estão bem na sociedade, acarretando um caráter banal às distorções socioeconômicas entre as diferentes etnias. Os que não se convencem com a falsa sensação de que tudo vai bem, são taxados como revoltosos, inconformados, e, até mesmo, “racistas reversos”. (MOORE, p. 29, 2007).

No entanto, o racismo é uma das ameaças para a paz mundial e um perigoso fator de desagregação entre as nações, ressaltando-se a necessidade de ações urgentes no sentido de contê-lo com medidas específicas de caráter público.

Com o passar do tempo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, (MOORE, 2007, p. 24), e com atuação significativa do movimento negro, a consciência de que o racismo não é apenas um fenômeno proveniente de relações interpessoais ou um mecanismo ideológico do sistema capitalista tomou espaço na consciência da população, ou de, pelo menos, parte dela.

Além disso, o racismo é um fenômeno que, infelizmente, arrasta-se pelos séculos, algo verdadeiramente atemporal, de tal forma que:

A questão racial parece um desafio do presente, mas trata-se de algo que existe há muito tempo. Modifica-se ao acaso das situações, das formas, de sociabilidade e dos jogos das forças sociais, mas reitera-se continuamente, modificada, mas persistente. Esse é o enigma com o qual se defrontam uns e outros, intolerantes e tolerantes, discriminados e preconceituosos, segregados e arrogantes, subordinados e dominantes, em todo o mundo. Mais do que tudo isso, a questão racial revela, de forma particularmente evidente, nuançada e estridente, como funciona a fábrica da sociedade, compreendendo identidade e alteridade, diversidade e desigualdade, cooperação e hierarquização, dominação e alienação (IANNI, 2004, p. 22)

Mesmo com todo o descaso em relação à questão racial que já havia ocorrido em solo brasileiro, após a Ditadura Militar, na década de 60, houve a redemocratização e, posteriormente, a Constituinte de 1988, que potencializou a mobilização em torno dos debates étnico-raciais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreram significativos avanços na trajetória da luta pela igualdade de “raças” no país. Além do reconhecimento do caráter definitivo das terras quilombolas e da diversidade cultural ter sido reconhecida como patrimônio a ser valorizado e preservado, o racismo tornou-se delito inafiançável e imprescritível, conforme consta no artigo 5º, inciso XLII, da Carta Magna. No final da década de 80, nesse mesmo ano, ocorreram mobilizações críticas sobre os 100 anos da abolição da escravidão no Brasil. Também ocorreu a inauguração da Fundação Cultural Palmares, primeiro órgão de competência federal dedicado à questão racial (SILVA, 2012, p. 50).

Seguindo os ensinamentos de Moore (2007, p. 27), relembrar à sociedade o verdadeiro processo pelo qual se construiu a Nação traz, também, o desafio de se criar uma conjuntura que favoreça a implementação de políticas públicas visando reduzir o impacto cumulativo e

histórico que a escravidão teve sobre os brasileiros, que, até os tempos atuais, encontram-se, na maioria, em posições sociais precárias.

### 2.3 CONCEITUAÇÃO SOCIOLÓGICA DO RACISMO

De início, convém ressaltar que, com os constantes avanços da biologia ocorridos no século passado, cientistas estudiosos desta área perceberam que os marcadores genéticos de uma “raça” podiam ser encontrados em outras “diferentes” e que, por isso, pretos, brancos, amarelos não possuem, como se acreditava, marcadores genéticos que os diferenciam como raça. Sendo assim, chegaram ao entendimento que raça, como realidade biológica, de fato, não existe (SCHUCMAN, 2010, p. 44).

No entanto, o conceito de raça é bastante controverso e, apesar de sua fundamentação biológica estar superada e falida, conforme Santos (2011, p. 43), as “suas implicações na dinâmica e no imaginário social persistem”, haja vista que:

[...] se um geneticista contemporâneo diz que raça não existe, não implica que ela deixe de existir no imaginário e nas representações coletivas de diversas populações, pelo contrário, seu conceito, que é socialmente construído, resiste e é a partir dele que o racismo é reproduzido e mantido (MUNANGA, 2004, p. 22)

Para Souza (1983, p. 20), “[...] raça aqui é entendida como noção ideológica, engendrada como critério social para distribuição de posição na estrutura de classes”, e, mesmo estando bastante assentada em elementos da biologia humana, estes já ultrapassados, como a cor da pele, “raça sempre foi definida no Brasil em termos de atributo compartilhado por um determinado grupo social, tendo em comum uma mesma graduação social, um mesmo contingente de prestígio e uma mesma bagagem de valores culturais”.

Sobre o racismo, na acepção de Duarte (1998, p. 86), o primeiro imbróglio ao se tratar desse tema é a pluralidade que tal termo apresenta, em especial, nas tradições brasileiras políticas e acadêmicas, o que não quer dizer que exista igual discordância quando se vislumbra o racismo materializado na forma de prática social.

No contexto em que vivemos, cabe asseverar que convivem, no mesmo espaço histórico-social, uma discordância teórica, sendo a incapacidade política de lidarmos com esta questão de forma transformadora, assim como uma eficácia prática, capaz de reproduzir o racismo.

Citando o entendimento de Munanga, Santos (2011, p. 43) menciona que o conceito de raça usado na atualidade, de fato, está dissociado da concepção biológica usado previamente, no entanto, “é carregado de ideologia e, como todas as ideologias, esconde uma coisa não-proclamada: a relação de poder e de dominação. Dessa forma, superado o caráter biológico de outrora, “seu campo semântico é determinado pela estrutura global da sociedade e pelas relações de poder que a governam”, ou seja, com um novo conteúdo, dessa vez político-ideológico, como uma hierarquia formada na representação do outro.

Nessa mesma linha, seguindo o entendimento do autor mencionado, o racismo surge em crenças de existência de “raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural”, considerando que “características intelectuais e morais de um dado grupo são consequências, diretas de suas características físicas ou biológicas”, o que evidencia o sentido sociológico no qual o racista cria e concebe a raça (SANTOS, 2011, p. 44).

As práticas racistas do grupo social hegemônico e opressor, segundo Gonzalez e Hasenbalg (1982, p. 89), não são meros resquícios do passado, e estão relacionados aos benefícios materiais e simbólicos que brancos obtêm com a desqualificação competitiva dos negros.

Assim, para Moore (2007, p. 295):

O racista usufrui privilégios econômicos e sociais que são negados à população-alvo. Detém um poder hegemônico, de fato, na sociedade em termos globais, que lhe permite reproduzir e perenizar as estruturas de dominação sociorraciais em favor de sua prole e dos descendentes genéticos desta última.

O poder e a dominação total são exercidos concretamente contra uma raça, em benefício de outra. Isso significa que o racismo beneficia e também privilegia os interesses exclusivos da etnia dominante, prejudicando somente os interesses da raça “subalterna”. O racista utiliza privilégios e vantagens concretas, em sentido econômico, político, militar, social e psicológico, tudo como resultado do exercício de um poder total, enquanto quem sofre o racismo passa pela situação totalmente contrária (MOORE, 2007, p. 285).

O problema do racismo não resiste, apenas, no fato do racista se sentir superior, mas, também, à questão de que, na maioria das vezes, o racista vive uma vida significativamente melhor que a do oprimido.

De acordo com o entendimento de Guimarães (*apud* SANTOS, 2011, p. 44), “o racismo só pode ser falado de modo preciso quando o preconceito e discriminação pressupõem ou se

referem à ideia de ‘raça’ de maneira central, nos casos em que a hierarquia social não poderia manter um padrão discriminatório sem as diferenças raciais”. No entanto, há que se distinguir o preconceito racial da discriminação racial, que, apesar de seus caracteres opostos (subjetivo e objetivo respectivamente) não raramente são tidos como sinônimos.

Segundo os ensinamentos de Nucci (2014, p. 261), preconceito é a opinião formada, em relação a alguém ou algo, sem nenhuma cautela sequer, construída de forma precipitada, logo, sem grandes dados ou detalhes em torno do objeto (algo ou alguém) que se analisa, levando a julgamentos precipitados, injustos, que têm o condão de provocar aversão a certas pessoas e situações. Sendo assim, o preconceito é uma opinião ou um conceito que se tem antes mesmo se possuir o conhecimento necessário para se analisar. Preconceito é, sempre, uma conduta negativa, desfavorável com alguns grupos (ou pessoas), a partir de crenças advindas de estereótipos frágeis.

Para Nogueira (2006, p. 292), preconceito racial pode ser tanto uma disposição quanto uma atitude, mas sempre desfavorável, e condicionada por uma cultura, em relação aos membros de uma população, os quais são rejeitados, especialmente, pela aparência física ou descendência étnica.

Quando prepondera o preconceito racial, de acordo com Santos (2011, p. 49), é ele insuscetível de punição pelo Estado, sendo preferível “o uso de medidas persuasivas ou valorativas, que visam reconstruir o papel social do negro e redefinir positivamente a pluralidade racial brasileira”.

Em relação à discriminação, no dizer de Nucci (2014, p. 257), “discriminar” consiste, em regra, o estabelecimento de diferenças entre seres e coisas, com especial prejudicialidade para a parte que é menosprezada. O ato de discriminar visa a algum ser humano que não é bem quisto em determinado local, por alguma razão. A discriminação sempre carrega consigo uma bagagem negativa e, por muitas vezes, – para não dizer todas – alcança o emocional do ofendido, causando-lhe transtornos muitas vezes irreversíveis.

A discriminação racial (ou étnico-racial), por sua vez, está descrita, no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial), como sendo toda exclusão, preferência, distinção ou restrição baseada nos elementos de raça, cor, origem nacional ou étnica, descendência, que vise anular ou restringir o reconhecimento, o exercício ou o gozo, em iguais condições, de direitos humanos, bem como

de liberdades fundamentais, seja nos campos político, econômico, social, como também no cultural ou em qualquer outro campo existente da vida pública ou privada.

Já “cor”, muitas vezes determinante nos debates raciais, apesar de não se resumir a isso, vem a ser o termo utilizado para atribuir definição cromática a qualquer matéria, e não, propriamente, para distinguir pessoas, embora o presente termo seja utilizado para a definição do pigmento epidérmico dos seres humanos, sentido o qual, segundo Santos (2001, p. 48), deve ser utilizado para interpretar os preceitos da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Diferentemente do preconceito, o qual foi abordado previamente, a discriminação está no campo das ações e condutas humanas, as quais permitem e necessitam de punição estatal.

Silva Júnior (2002, p. 12) expõe os perigos do tratamento análogo de ambos, pois, segundo esse autor:

[...] pode implicar não apenas numa perigosa e totalitária devassa na esfera da liberdade individual, como também – o que é mais frequente e perverso – na omissão estatal pura e simples face à discriminação, motivada, entre outras razões, pela indefinição dos limites, do papel e dos instrumentos estatais destinados ao enfrentamento da discriminação e à promoção da igualdade.

Na concepção de Lafer (2003, p. 71), a base do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, de forma a atribuí-las características de uma “raça inferior”, tendo como motivo sua aparência ou origem. Nesse diapasão, esse autor ainda afirma que o racismo está na mente das pessoas, justificando a ocorrência escravidão e o colonialismo. O racismo ainda promove a desigualdade e a intolerância, o que gera a segregação, como ocorreu no contexto histórico do *apartheid*, na África do Sul, e o genocídio, como o holocausto causado pelos nazistas.

Para Nucci (2014, p. 266), o “racismo” é a concepção voltada à existência de uma divisão entre os humanos, acreditando alguns desses serem superiores, por qualquer virtude e/ou qualidade, eleitas sem qualquer critério de aferição, cultivando, em relação aos que não têm as referidas virtudes ou qualidades, uma cultura segregacionista, fracionando a sociedade em camadas e estratos, “merecedores” de uma vida diferente dos que se acham abastados e afortunados. Segundo a concepção desse mesmo doutrinador, racista pode ser, tanto alguém que integra determinado grupo “majoritário” contra qualquer integrante de grupo “minoritário”, como, também, pode ser um componente da própria minoria.

De acordo com Schucman (2010, p. 43), o racismo é visto na forma de uma construção ideológica, que começou a tomar forma a partir do século XVI, com a sistematização de

ideias e valores elaborados pela população europeia, quando esta população passou a entrar em contato com a diversidade humana presente no mundo, e que se consolidou, posteriormente, com teorias científicas em torno do conceito do racismo, já no século XIX.

Já para Farias (2015, p. 19), o racismo é acreditar que diferenças, tanto imaginárias, quanto reais, entre determinadas pessoas e grupos, advêm de um fundamento biológico que não pode ser alterado, e que haveria relação direta de causa entre variações estruturais aparentes e variações em processos psicológicos.

Segundo Almeida (2017, p. 15), “[...] o racismo é uma teorização feita para justificar o pensamento, sem nenhuma base científica, de que existem grupos humanos superiores e outros inferiores quer seja em força, inteligência, beleza, caracteres morais etc”.

Para esse autor (2017, p. 15):

Pensar dessa maneira tacanha, retrógrada e imbecil, ainda que repulsivo, diga-se uma vez mais, não constitui ilícito penal. Todavia, o ordenamento veda uma série de condutas que representam a exteriorização desse pensamento, a maioria delas prevista na Lei nº7.716, de 1989 (Lei Caó).

Em suma, corroborando os conceitos e entendimentos presentes neste tópico, o racismo, em seu viés sociológico, é um fenômeno sedimentado historicamente e que, no Brasil, busca inferiorizar, desprezar e marginalizar pessoas, desde seus traços físicos, costumes, tradições culturais, enfim, todos os elementos que compõem a identidade de um grupo não pertencente à raça ideal e “superior”, ou seja, a branca. Esse fenômeno pode ser manifestado de diversas forma depreciativas, como ofensas verbais, violência física e/ou psicológica, manifestações públicas de ódio, mas sempre sob a concepção de hierarquia e superioridade física, intelectual, cultural e moral dos seres humanos e demais elementos que compõem a raça padrão.

## 2.4 OS DISTINTOS TIPOS PENAIIS DE CARÁTER RACIAL

### 2.4.1 Breves considerações acerca da evolução legislativa

Centenas de anos após a abolição da escravatura, o Brasil não tinha introduzido ou aceitado a questão racial com a mesma importância que possui um objeto de intervenção governamental. O único dispositivo existente era a Lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951,



conhecida como “Lei Afonso Arinos”, que teve como estopim os atos discriminatórios sofridos por estrangeiros no Brasil.

Apenas no final da década de 1980, diante de reivindicações do Movimento Negro e pesquisas que denunciavam o racismo, o Estado brasileiro deu início à uma atuação antirracista satisfatória. Após uma reorientação ideológica, esse movimento passou a construir a identidade coletiva do negro e, “por meio da idéia de diferença, e não mais pela assimilação, buscou, assim como diversos movimentos identitários que surgiram no período, estratégias para disputar e conquistar direitos coletivos” (SANTOS, 2011, p. 31).

Apesar de, desde 1951, com a Lei Afonso Arinos, existirem os primeiros conceitos de racismo na lei brasileira, apenas com a Constituição Federal de 1988 foi atribuído o caráter de crime imprescritível e inafiançável a essa discriminação, haja vista que, anteriormente, a prática era considerada apenas contravenção penal.

A Constituição da República de 1988 foi fundamental para a atuação antirracista do governo brasileiro e no desmascaramento da democracia racial. Com o intuito de criminalizar o racismo, o Deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira apresentou o Projeto de Lei n. 688/1988, que, posteriormente, tornou-se a Lei n. 7.716/1989, com a seguinte justificativa:

[...] o negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso país. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real. [...] A Lei n. 1390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o cometimento odiando do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei. Com a prática do racismo, configurando-o como crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco dos países discriminadores (embora tenha a vergonha de admitir a existência de tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos (SANTOS, 2011, p. 35).

Apesar de não serem objetos de estudo desse trabalho, cabe ressaltar que, além das medidas jurídico-legislativas tomadas para o combate ao racismo, as quais serão vistas em seguida, o Estado brasileiro tomou providências em outros segmentos para tentar suprir as reivindicações e necessidades da população negra, com o objetivo de buscar a promoção da igualdade racial no nosso país.

Entre as providências, estão a criação do dia da Consciência Negra, celebrado no dia 20 de novembro, a Lei n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que inclui no currículo oficial da Rede

de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", bem como a adoção de cotas raciais nas universidades, política pública com a qual a autora deste trabalho, com orgulho, foi beneficiada.

#### **2.4.2 Os tipos penais previstos na Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional)**

Na Lei de Segurança Nacional, mais precisamente no inciso II do artigo 22, está prevista pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos de detenção, a quem fizer, em público, propaganda de discriminação racial.

Está positivada, também, uma forma qualificada deste crime, no parágrafo 1º deste mesmo artigo, que enuncia que a pena “[...] é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão”.

Percebe-se que este tipo penal é diferenciado, pois não basta que a discriminação racial aconteça isoladamente, sendo necessário ainda, para a concretização desse tipo penal, que a manifestação discriminatória se dê de forma publicizada, com incentivo à prática do racismo, como, por exemplo, em promoções e campanhas de publicidade.

No âmbito do crime de discriminação praticado nesta lei, a ação penal é pública, sendo promovida pelo Ministério Público, com o oferecimento da denúncia.

Em regra, a ação pública é incondicionada, ou seja, basta que o Ministério Público tome conhecimento da prática do crime para que a ação penal seja promovida. No entanto, no caso de a ação ser pública condicionada, o *Parquet* dependerá da *representação do ofendido* ou da *requisição do Ministro da Justiça*, que são as condições de procedibilidade para o procedimento poder ser instaurado (BITENCOURT, 2014, p. 384-385).

#### **2.4.3 Os tipos penais previstos na Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Crimes de Preconceito)**

Popularmente conhecida como “Lei Caó”, a lei que define os crimes resultantes do preconceito de raça e cor conta com 22 artigos. Para a caracterização efetiva do racismo, optou-se, segundo essa lei, pela caracterização a partir de atitudes expressas e físicas de discriminação.

Os artigos 3º ao 14 e 20 são os que têm condutas típicas previstas, sendo eles definidos, na maioria das vezes, pelos verbos impedir, obstar, negar e recusar.

Passa-se a análise de cada um:

Artigo 3º:

Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha o poder de impedir ou obstar o acesso ao cargo, já o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa habilitada para o cargo. A consumação ocorre ao impedir ou obstar o acesso ou a promoção funcional. O crime admite tentativa em suas duas formas.

Artigo 4º:

Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência).

O sujeito ativo é a pessoa responsável pela contratação do funcionário e o passivo, qualquer pessoa que esteja pleiteando a vaga de emprego na referida empresa. A consumação se dá em qualquer uma das formas descritas acima, mas não admite tentativa na modalidade negar.

Artigo 5º: Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena: reclusão de um a três anos”.

Neste tipo penal, qualquer indivíduo pode ser o sujeito ativo e o passivo. A consumação ocorre com a recusa ou impedimento de acesso, por não querer servir, atender ou receber determinado tipo de cliente. Admite tentativa apenas na forma impedir.

Artigo 6º:

Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

O sujeito ativo é qualquer indivíduo que seja responsável pelas inscrições e pelo ingresso de alunos nas instituições de ensino, ao passo que o sujeito passivo é o aluno que busca se inscrever ou ingressar na instituição. A consumação ocorre com a recusa, negação ou impedimento da inscrição, e é agravada se a vítima for menor de idade. Não admite tentativa para os verbos recusar e negar.

Artigo 7º: “Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar. Pena: reclusão de três a cinco anos”.

Nesse caso, o sujeito ativo é qualquer pessoa que possa impedir o acesso ou quem possui o poder de possibilitar as hospedagens de hóspedes nos locais citados ou semelhantes, sendo que o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa. A consumação ocorre quando se impede o acesso ou quando se recusa a hospedagem, sendo possível a tentativa apenas com o verbo impedir.

Artigos 8º, 9º e 10:

Os referidos artigos possuem certa semelhança entre si, por isso serão analisados conjuntamente.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades.

Pena: reclusão de um a três anos.

Nesse caso, o sujeito ativo é qualquer pessoa que possa impedir o acesso ou quem for responsável pelo atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, estabelecimentos esportivos, casas de diversões, salões de cabeleireiros, barbearias, termas e estabelecimentos

semelhantes a estes e abertos ao público. O sujeito passivo é qualquer indivíduo que for impedido de acessar ou receber recusa de atendimento em locais como esses. Tais crimes se consumam quando se impede o acesso ou se recusa atendimento ao sujeito passivo, e somente a modalidade impedir admite tentativa.

Artigo 11: “Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos: Pena: reclusão de um a três anos.”

Neste crime, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo, da mesma forma que qualquer pessoa também pode ser o sujeito passivo. A consumação acontece quando o sujeito passivo é impedido de acessar qualquer um desses locais, sendo possível a modalidade tentada.

Artigo 12: “Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido. Pena: reclusão de um a três anos”.

Qualquer indivíduo pode ser o sujeito ativo ou o passivo desse delito. A consumação acontece ao se impedir o acesso ou o uso de qualquer um dos meios de transporte público elencados acima, sendo possível a tentativa em ambos os verbos.

Artigo 13: “Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas. Pena: reclusão de dois a quatro anos”.

O sujeito ativo desse delito é qualquer pessoa que possa impedir ou obstar o acesso de alguém que queira servir as forças armadas, ao passo que o sujeito passivo é qualquer indivíduo com o intuito de servir as forças armadas. A consumação ocorre ao impedir ou obstar o acesso do sujeito passivo, e a tentativa é admitida em ambas as formas.

Artigo 14: “Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. Pena: reclusão de dois a quatro anos”.

Nesse tipo penal, que se destaca por ter aplicação no meio familiar, o sujeito ativo pode ser qualquer indivíduo, bem como o sujeito passivo. A consumação ocorre quando se impede ou obsta o casamento ou a convivência familiar e social entre pessoas, tendo como motivação o preconceito. Cabe ressaltar que família deve ser entendida para além da noção heteronormativa que existe em nossa sociedade, em que se imaginam núcleos familiares formados, tão somente, por um homem, uma mulher e seu(s) descendente(s). A tentativa é admitida, tanto quando se tenta impedir quanto quando se tenta obstar o casamento ou a convivência.

No artigo 16 estão os efeitos da condenação, sendo eles, a perda de cargo ou função pública para servidores públicos e suspensão de funcionamento de estabelecimento particular durante prazo não superior a três meses.

Segundo o artigo 18, os efeitos citados no artigo 16 não são automáticos e devem ser devidamente fundamentados e declarados quando prolatada a sentença.

#### Artigo 20:

Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Para as condutas descritas neste artigo, qualquer indivíduo pode ser o sujeito ativo, bem como o sujeito passivo, e o crime se consuma com a prática, indução ou incitação ao preconceito. Ainda, se o sujeito ativo praticar, induzir ou incitar o preconceito, valendo-se de qualquer meio de comunicação social ou propagar o preconceito por meio de publicações, considera-se, conforme o parágrafo 2º, o crime na sua forma qualificada, razão pela qual a pena a ser aplicada será de dois a cinco anos, e multa.

Já no parágrafo 1º do artigo 20, de forma semelhante ao *caput*, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo ou o passivo desse delito. Para a ocorrência, basta a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propagandas com a cruz suástica ou gamada, com o intuito de divulgação do nazismo, para que a o delito seja consumado, não sendo necessária a produção de resultados fáticos para que a prática seja punida.

Com a leitura dos artigos dessa lei, percebe-se que o racismo se consuma desde o impedimento de ingresso ou atendimento de pessoas em espaços públicos, como restaurantes, hotéis, instituições de ensino, espaços esportivos e de lazer, edifícios públicos ou residenciais, até a prática, indução ou incitação à discriminação de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, inclusive no meio familiar.

Com o surgimento desta lei, houve inovações em relação à que vigorava anteriormente (Lei Afonso Arinos). De plano, não apenas as práticas discriminatórias ganharam a roupagem

de crimes, e não mais de contravenções penais, como passaram a ter penas de até 5 (cinco) anos de reclusão. Além disso, tornaram-se crimes inafiançáveis e imprescritíveis. Sobre a gravidade do racismo, Nucci (2010) sustenta que:

Constitui poder-dever do Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes, em particular os que se referem aos direitos e garantias fundamentais. Uma das preocupações do legislador-constituente baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e, realmente, democrática. Desse modo, estabelece-se no art. 5º, XLII, da CF, que ‘a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei’ (...) Há, no entanto, por trás dessa disposição, um símbolo político-social, configurando uma das metas do Estado Democrático de Direito, qual seja a luta pela igualdade entre todos os brasileiros e a eliminação da discriminação e do preconceito, fatores de corrosão da estabilidade em qualquer sociedade civilizada. Independentemente, portanto, da eficiência e da utilidade dos requisitos idealizados, é fato ser o racismo um crime considerado grave, a punição precisa ser imposta pelo Judiciário, quando comprovado. (CARTA FORENSE, 2010).

No entanto, o rol de condutas contempladas pela lei nem sempre foi tão amplo. Na versão original, a redação do primeiro artigo era “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Posteriormente, com o advento da Lei n. 9.459, de 15 de maio de 1997, sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, o citado artigo foi complementado com “etnia, religião ou procedência nacional”, consequentemente ampliando o rol de formas de preconceito e discriminação suscetíveis da coerção do direito penal. Além disso, a Lei 9.459/1997 trouxe inovações ao artigo 20 dessa lei, ao modificar para a forma qualificada os crimes cometidos por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Além disso, foi adicionada a pena de multa de forma cumulada à pena privativa de liberdade prevista neste artigo.

No entanto, apesar da ampliação sofrida pelo artigo 1º, existem dúvidas, pois, conforme explicita Santos (2011, p. 52), “embora seja clara a lei no sentido de oferecer tutela a todos os grupos raciais, questiona-se qual seria o conceito de raça acolhido pelo direito brasileiro, e por consequência, quais os grupos poderiam figurar como raciais”.

Sobre essa questão, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, impetrado pela defesa do jornalista Siegfried Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal manifestou seu entendimento sobre o termo “raça”, ao decidir que as publicações de cunho antisemita feitas pelo paciente eram, sim, racistas, mesmo o judaísmo não sendo, de fato, uma raça ou etnia, fundamentando a decisão no fato de as publicações incentivarem o desprezo e a discriminação de um grupo de pessoas com semelhanças peculiares. Nota-se que o posicionamento do pretório excelso foi no sentido de abolir da seara jurídica a raça como algo meramente

biológico, atribuindo um sentido mais amplo – sobretudo sociológico – ao termo, “reafirmando, por conseguinte, a necessidade de compreender a palavra sob a égide da cidadania e dignidade, valores constitucionais de máxima grandeza” (SANTOS, 2011, p. 54).

Indo ao encontro da sociologia moderna e do entendimento do Supremo Tribunal Federal, Santos (2011, p. 54) afirma que:

[...] para o Direito, o vocábulo assume significado de qualquer agregado de pessoas que possam ser identificadas por seus traços culturais, sociais, dentre outros, como pertencentes a um certo grupo, podendo, em virtude destas características, ser vítimas de ato de preconceito e discriminação.

Para todas as condutas descritas nesta Lei, a ação é penal pública incondicionada, de modo que o Ministério Público não depende de manifestação de vontade do(s) ofendido(s) para propor a ação.

#### **2.4.4 O crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, do Código Penal)**

Previsto no artigo 140 do Código Penal, com pena de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, o crime de injúria consiste em “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

O delito previsto no *caput* do artigo, na forma simples, pode ser classificado nos seguintes termos:

Trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“injuriar” implica ação) e, excepcionalmente comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, parágrafo 2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de injuriar); admite tentativa se for plurissubsistente. (NUCCI, 2017, p. 854)

Nas lições de Bitencourt (2014, p. 588), injuriar consiste no ato de ofender a dignidade ou o decoro de outrem. A injúria, enquanto manifestação da opinião de determinado sujeito, reveste-se, sempre, de forma a menosprezar ou desprezar aquele que é injuriado. É sempre, essencialmente, uma expressão de desprezo e desrespeito, na medida suficiente para ofender a honra da vítima em seu aspecto pessoal. Assim, diferentemente da calúnia e da difamação, a injúria não se caracteriza pela atribuição de fatos, mas sim, pela emissão de conceitos



negativos a respeito da vítima, fazendo com que essa se sinta ofendida, uma vez que sua autoestima e atributos pessoais foram atingidos.

Para Jesus (2016, p. 619), injuriar alguém é ofender a sua honra, a qual se subdivide em objetiva e subjetiva. A honra objetiva é a que atinge a reputação da vítima, sendo “aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc”. Por outro lado, a honra subjetiva é a visão da pessoa em relação a seus próprios atributos, ou seja “é aquilo que cada pessoa pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos”.

Para a configuração da injúria, é imprescindível a presença do dolo de dano, consistente na vontade livre e consciente de ofender alguém, atribuindo-lhe características depreciativas. A consciência do ofensor também há de ser atual, ou seja, deverá existir no momento em que se dá a ação; do contrário, a injúria não poderá ser considerada como dolosa (BITENCOURT, 2015, p. 589).

Por sua vez, a injúria qualificada, um dos objetos de estudo deste trabalho, foi inserida ao artigo 140 do Código Penal, por meio do parágrafo 3º, com a seguinte redação: “§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”, as penas passam a ser de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e de multa.

Acerca da criação dessa modalidade de injúria, Jesus (2016, p. 618) explicita que essa inovação legislativa se deu pelo fato de que, quem incorria em um dos crimes previstos na Lei n. 7.716/1989 (preconceito de raça e cor), tentava se eximir da responsabilidade do delito cometido, argumentando, tão somente, que havia praticado injúria contra a vítima.

No que tange à injúria preconceituosa, espécie de injúria, prevista no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, segundo o magistério de Bitencourt (2015, p. 589-590) faz-se necessária a consciência de que se está a ofender o decoro de outrem em razão de sua raça, cor, etnia, religião, origem ou condição física. Convém ressaltar que é indiferente se o ato de desprezo se consuma na presença do ofendido e é proferido diretamente a ele. Sendo assim, é plenamente cabível que o ofendido tome conhecimento da ofensa por intermédio de outra pessoa, ou até mesmo, por qualquer meio de comunicação, correspondência ou envio de mensagens que dispomos atualmente.

De outro norte, a injúria racial é entendida, pela maioria da doutrina e jurisprudência brasileira – entendimento o qual a autora deste trabalho monográfico não segue -, como o ato

de ofender uma única pessoa, valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Diferentemente do racismo, a injúria é tida como delito leve, uma vez que, aqui, o ofendido é apenas uma pessoa, e não um grupo de indivíduos, como naquele crime. Nesses casos, entende-se que o ofensor pode ser solto mediante pagamento de fiança, ou, se condenado, pode ter como reprimenda, tão somente, uma pena restritiva de direitos. Ainda, a ação penal é pública condicionada, ou seja, depende da queixa-crime do ofendido para que o Ministério Público possa instaurar a ação penal.

#### **2.4.5 Distinções entre os tipos penais de caráter racial**

A primeira diferença entre os tipos penais está no alcance do número vítimas/ofendidos. Isso porque, o crime descrito na Lei de Segurança Nacional não esclarece ou faz especificações acerca de quantas pessoas devem ser atingidas pela discriminação racial. De outro modo, os tipos penais presentes na Lei n. 7.716/1989, têm aplicação quando os crimes forem cometidos contra um grupo de indivíduos, enquanto o delito previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal é aplicado quando apenas uma pessoa é ofendida.

Quanto ao modo de configuração, para o delito do artigo 22 da lei de Segurança Nacional, é imprescindível que esse ocorra em público e na forma de propaganda, sendo que a pena é agravada se o crime for feito em ambiente de trabalho, ou por meio de rádio ou televisão. Por sua vez, o crime de injúria qualificada pelo preconceito ocorre quando a ofensa à vítima é feita valendo-se de um dos elementos citados no rol taxativo do § 3º do artigo 140 do Código Penal.

Já os crimes da Lei 7.716/1989 podem se consumir de variadas formas. Existem as formas de “impedimento físico”, que vão desde impedir acesso ou recusar atendimento em espaços públicos e privados (estabelecimentos comerciais, de ensino, esportivos, bares, restaurantes, entre outros), impedir ou obstar casamento ou convivência familiar, bem como, impedir, negar ou obstar o acesso cargos da administração direta ou indireta ou a emprego em empresa privada; e, também, as formas descritas no artigo 19 da referida lei, o qual tipifica as formas de discriminação ou preconceito, usando os verbos “praticar”, “induzir” e “incitar”.

Outra distinção é em relação ao tipo de ação penal dos crimes raciais, pois, como já mencionado anteriormente, enquanto os crimes raciais da Lei de Segurança Nacional e da Lei

de Crimes de Preconceito têm ação penal pública incondicionada, o crime de injúria racial tem ação penal condicionada à representação da vítima.

### **3 A IMPRESCRITIBILIDADE E A INAFIANÇABILIDADE DO CRIME DE RACISMO**

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente capítulo trata da imprescritibilidade e da inafiançabilidade do crime de racismo, restrições previstas no texto constitucional. Dividido em três itens, abordar-se-á, no primeiro, aspectos gerais sobre a prescrição penal, mais especificamente sobre seus elementos históricos e teóricos. No segundo item, discorrer-se-á sobre a inafiançabilidade. Por fim, no terceiro item, o enfoque será sobre as relações existentes entre a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do crime de racismo.

Por fim, o crime de racismo será analisado conforme o Caso Ellwanger, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 82.424/RS, caso emblemático para o direito pátrio, que veio a se tornar um precedente significativo para casos de racismo no nosso país.

#### **3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL**

##### **3.2.1 Aspectos históricos**

Apesar de ser difícil precisar, com exatidão, o surgimento do conceito da prescrição, a hipótese mais provável é a de que esse conceito surgiu devidos às injunções romanas processuais. De acordo com a história, com o objetivo de evitar acusações prolixas e ineficazes, os romanos teriam criado prazos máximos para que os processos fossem concluídos (FERRARI, 1998, p. 1).

Ainda sobre o surgimento do referido instituto, “parece que no direito romano a razão genética da prescrição (do crime) resultava da idéia de reagir à negligência ou à malícia dos órgãos acusadores” (PORTO, 1957, p. 25).

De acordo com a “Lex Julia de Adulteriis”, o texto normativo mais antigo sobre prescrição penal, com data entre 1736 ou 1737 a.C., passados cinco anos, aquele que tivesse cometido adultério não poderia mais ser acusado. Nesse sentido, acerca do prazo quinquenal:

[...] segundo relatam os historiadores, ocorreu em decorrência das festas lustrais comemoradas a cada cinco anos. Fulcrada na idéia de perdão e da purificação do homem, a festa lustral impedia a punição do delinquente, visto que purgado pelo tempo. O tempo, segundo os romanos, não só isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, por meio das festas lustrais, mas também bastava para a expiação do criminoso (FERRARI, 1998, p.2)

Com o passar do tempo, “surgiu a razão civilística como base para a prescrição da pretensão punitiva”. O fundamento utilizado para a referida prescrição se deu pois, o Estado, ao permanecer inerte, demonstrava o desinteresse na punição. Somado a esse fato, a pessoa que infringisse a lei não poderia ficar eternamente “à disposição” das autoridades para que a máquina estatal exercesse o direito de punir. Assim, de acordo com Ferrari (1998, p. 2), a prescrição “consistia em uma reação à negligência estatal, não sendo justo punir-se o acusado quando presente a falta de interesse”.

Em relação aos crimes de menor potencial, Beccaria defendia a aplicação da prescrição, haja vista que o cidadão não poderia ficar sujeito, durante um lapso temporal considerável, às incertezas de um processo movido pela máquina estatal, além de entender que, com o decurso do tempo, quem cometeu o delito poderia mudar (para melhor) ou a sanção penal perder sua eficácia se aplicada muito tempo depois (FERRARI, 1998, p. 6).

Mesmo com as divergências ideológicas que circundavam a prescrição penal, a sua recepção no ordenamento jurídico mundial foi se multiplicando ao longo dos anos. Nesse sentido, “o desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente, através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e de outros povos, mas, excluindo-se, sempre, os crimes gravíssimos (exemplos: lesa-majestade, parricídio, moeda falsa)” (PORTO, 1957, p. 25).

Conforme mencionado acima, tendo seu ápice no século XIX, o instituto passou a ser aplicado em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, chegando aos códigos de países europeus, como Espanha, Alemanha, Holanda, Portugal etc, e latinos, como Bolívia, Colômbia, Cuba, Chile, Equador, México, entre outros.

A prescrição da pena ou condenação, atual prescrição da pretensão executória do Estado, surgiu na França, no Código Penal de 1791. No Brasil, ingressou no ordenamento jurídico há mais de um século, pelo Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, que possui a seguinte redação:

Declara abolida a pena de galés, reduz a 30 annos as penas perpetuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescripção das penas.  
[...]

Que urge, enquanto não é publicado e posto em execução o novo código penal da República dos Estados Unidos do Brasil, remediar excessivos rigores da legislação criminal vigente, entre os quais a imprescriptibilidade da pena;

[...]

Art. 4º A pena prescreve, não tendo entrado em execução:

I. Si o réo estiver ausente no estrangeiro, pelo lapso de 30, 20 ou 10 annos, applicando-se a prescrição tritennaria á condemnação por 20 ou mais annos, a vicennal, á de menos de 20 até seis, a decennal, á de menos de seis annos.

II Si o réo estiver dentro do territorio brasileiro, pelo lapso de 20, 10 ou cinco annos, applicando-se a vicennal á condemnação de seis ou mais annos, a decennal á de menos de seis até dous, a quinquennal á de menos de dous annos.

Art. 5º A prescrição da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.

Parapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescrição começará a correr novamente do dia da evasão.

Pouco tempo depois, em 11 de outubro do mesmo ano, o Código Penal da República disciplinou a prescrição dos artigos 75 a 85, admitindo tanto a prescrição da ação, quanto a da pena (FERRARI, 1998, p. 16).

A prescrição da ação, no referido código foi tratada nos artigos 78 e 79, *in litteris*:

Art. 78. A prescrição da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação.

Art. 79. A prescrição da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia.

No Código Penal de 1940, a prescrição da ação estava prevista dos artigos 109 a 118, e havia ganhado causas suspensivas e interruptivas. No entanto, no ano de 1984, houve a reformulação da parte geral do referido diploma legal, passando as causas impeditivas e interruptivas a serem disciplinadas nos artigos 116 e 117.

Assim, a prescrição resta **impedida** se:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

E é **interrompida** nos seguintes casos:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

Saindo em defesa do referido instituto, Cretella Júnior (1992, p. 482-483) expõe:

Sob o aspecto do direito de punir, a relação jurídica entre o titular da ação punitiva, o Estado, e o paciente, o particular, é afetada pelo decorrer do tempo. Nem teria sentido que a sanção pairasse, indefinidamente, como a espada de Dâmocles, sobre o infrator da norma penal, aplicando-se muito mais tarde, quando os fatos, as circunstâncias locais e de época, os documentos, as testemunhas, as provas tivessem de vir à tona para extemporânea valoração pelo aplicador da pena, dentro de quadro bem diverso daquele que cercava o fato e seu autor, na época da consumação do crime [...].

Complementando o exposto acima, acredita que o tempo, na seara do direito penal, volta-se contra o Estado, que perde o direito de agir em razão do decurso de lapso temporal, e, de outro, lado, o tempo volta-se a favor do acusado, que é beneficiado com o desaparecimento da ameaça de punição (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 482-483).

### **3.2.2 Conceituação e caracterização**

Com fins de conceituar o instituto penal, a prescrição é a perda, por parte do Estado, do direito de punir no caso concreto, em face de um lapso temporal decorrido. Quando pensada individualmente, é tida como um benefício em favor do réu, mas, se pensada coletivamente, é uma garantia do devido processo legal, em face da qual o Estado deve cumprir suas pretensões punitivas e executórias dentro de um prazo razoável (MUNIZ, 2008, p. 268).

A prescrição é matéria de ordem pública e deve ser decretada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado. Por ser alegação preliminar, quando configurada a sua ocorrência, o juiz não deve enfrentar o mérito da causa, e, além disso, deve declarar a prescrição em qualquer fase processual (BITENCOURT, 2015, p. 889).

Acerca da prescrição da pretensão punitiva, existem divergências quanto à sua natureza. Há quem defenda que o instituto pertence ao direito material, ao passo que outros entendem ser matéria do direito processual.

Para Porto (1957, p. 21), a prescrição penal faz parte do direito material (substantivo), e não ao direito formal (adjetivo), ainda que algumas de suas consequências imediatas, sobre a ação penal e a condenação, pertençam ao direito processual. Por isso, sua afirmação que “por ser assunto de direito material, é que os Códigos Penais, e não os de Processo, disciplinam os casos de prescrição, prazos, interrupção, suspensão, etc”.

Nessa mesma esteira, Bitencourt (2015, p. 889) aduz que, devido ao fato de no Brasil a prescrição estar positivada no Código Penal, é que o instituto pertence ao direito material.

Sobre a corrente jurídico-material do instituto, Ferrari descreve:

[...] é aquela que defende ser a prescrição da ação um instituto de cunho meramente substantivo. Parte do pressuposto de que o tempo elimina a necessidade do castigo e a própria exigência de punição, a justificar a renúncia por parte do Estado. O tempo faz com que o Estado renuncie a qualquer espécie de *persecutio*, porquanto impossível se alcançarem as finalidades da sanção. Os fins da sanção dificilmente serão alcançados, uma vez que, após muitos, tornam-se progressivamente ineficazes (FERRARI, 1998, p. 17)

Acerca da corrente jurídico-processual:

[...] funda-se na dificuldade e dubiedade do resultado do fato e do agente, obtido com o passar do tempo. O tempo, consoante essa corrente, enfraquece a veracidade da prova, resultando em insuportáveis perigos judiciais, que justificam a renúncia do Estado a uma punição incerta e duvidosa. A concepção jurídico-processual, assim, afasta-se a idéia das finalidades das sanções, ligando-se ao aspecto formal da produção da prova (FERRARI, 1998, p. 18-19)

Além das correntes anteriormente citadas, existe, também, a corrente mista (ou eclética). Apenas pelo nome é possível perceber que para esta corrente a prescrição penal contém elementos tanto do direito material, quanto do direito processual. Nesse sentido, a prescrição da ação penal, segundo essa teoria, encontra justificativa tanto nos fins da sanção penal e sua influência com o decurso do tempo, como também, secundariamente, à teoria do crime, ao se referir à ilicitude e culpabilidade. Já no sentido processual, se justifica pelo enfraquecimento e incerteza de provas obtidas após decorridos grandes lapsos temporais desde a ocorrência do delito (FERRARI, 1998, p. 19).

### 3.2.3 Teorias que justificam a prescrição

Existem diversas teorias que buscam justificar a existência da prescrição penal. Tais teorias se baseiam nos mais variados motivos para justificar a perda do direito de punir do Estado no caso concreto.

Em síntese, sobre as teorias justificadoras da prescrição penal, Basileu Garcia (*apud* CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 484), resume:

Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinquente que logrou subtrair-se à ação da Justiça. A pena, possivelmente, deixou de ser-lhe útil como processo regenerador. De certo modo, ele já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve de atravessar para se garantir a impunidade – antes relativa do que absoluta. O protraimento, sempre arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa. De outro lado, o alarma social, que o crime terá produzido, já se esvaneceu, com o lento perpassar dos anos. A pena já não teria exata correspondência no reclamo público de



justiça, que é um dos esteios do direito penal, como força moralizadora – além de tutelar – do convívio social. E os longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova torna-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória das circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários.

Com a exposição de algumas das teorias justificadoras da prescrição, infere-se, como não poderia deixar de ser, que o decurso do tempo é usado como causa maior da cessação do direito de punir estatal, atribuindo-se ao lapso temporal, por vezes, quase que um poder de regeneração do agente delituoso.

### 3.2.3.1 Teoria do esquecimento

Nesta teoria é defendida a ideia de que com o passar do tempo a sociedade esquece, gradualmente, a ocorrência dos crimes. O Estado, após anos da perpetração do fato criminoso, “já não exige mais a punição, porquanto tranquilizada a comunidade”, bem como atenuado o “alarme social” e, até mesmo, o desejo de satisfação do ofendido.

Em resumo, na teoria do esquecimento é necessário analisar, após a certeza da prova condenatória, a eficácia que a sanção penal imposta terá. Sendo assim, quando observado que, com o tempo decorrido, não se faz mais necessária qualquer punição ao infrator, seja pela tranquilidade da sociedade, seja pela ressocialização do agente, entende-se razoável a extinção da punibilidade pela prescrição da ação (FERRARI, 1998, p. 26).

### 3.2.3.2 Teoria da expiação do criminoso

Para a referida teoria, a prescrição da ação encontra sua justificativa no sofrimento imposto ao réu durante os anos de tramitação do processo criminal. Parte-se do pressuposto que se o andamento processual se arrasta por muito tempo, o agente delituoso teve tempo suficiente para refletir e se arrepender do fato perpetrado, e que, “com o decurso do tempo, o culpado *expiou* suficientemente a *culpa* com as angústias que sofreu e com os remorsos que o assaltaram” (BITENCOURT, 2015, p. 891), o que permitiria a extinção de sua punibilidade.

Acerca dessa teoria, a autora do presente trabalho adota a seguinte opinião:

Em que pese a razão invocada, entendemos ser a expiação do criminoso mera presunção duvidosa, falível e reversível. Adotar-se a expiação da culpa como fundamento da prescrição é ressurgir a (...) tese de que há por parte do preso, durante

o transcorrer do processo, reflexão e meditação sobre o mal praticado (FERRARI, 1998, p. 27).

Cabe ressaltar que, não se está a criticar totalmente essa teoria. No entanto, parece temerário acreditar que, ao ser submetido a um processo como réu, o agente delitivo necessariamente refletiu e se arrependeu do crime cometido.

### 3.2.3.3 Teoria da piedade

Guarda certa semelhança com a teoria descrita acima, pois “o Estado, passados alguns anos sem punir o arguido, perdoá-lo-ia, acreditando em sua recuperação” (FERRARI, 1998, p. 28). Para além do ente estatal, nesta teoria se entende que o passar dos anos faz com que a sociedade crie compaixão com o agente delituoso, a ponto de não exigir mais que ele seja punido.

Em termos penais, a crítica que segue:

Com base no fato de serem as finalidades das sanções o ponto centralizador da prescrição da ação, seria desrazoável justificar a não punição pelo simples perdão. Se assim o fosse, desnecessário seria fixar prazos prescricionais variados, porquanto a gravidade do crime não possuiria qualquer relação com a compaixão (FERRARI, 1998, p. 29)

Em termos sociais, com o devido respeito, penso que, no Brasil, um país violento onde a população clama por “justiça” – que na maioria das vezes é tida como sinônimo de punição rígida – quando crimes são cometidos, e que muitas vezes, julga antecipadamente o agente sem sequer ter iniciado a persecução dos fatos, a prescrição tendo como justificativa a piedade dos cidadãos com o “criminoso” não tem muita aplicação.

### 3.2.3.4. Teoria da dispersão das provas

Essa teoria possui um viés processual. Em seu contexto, o tempo dificulta a lembrança dos fatos e, conseqüentemente, a persecução criminal, culminando em incerteza na comprovação dos fatos, tornando duvidosa a comprovação da responsabilidade penal e injusta a imposição da sanção. Nas palavras de Bitencourt (2015, p. 891), “a apuração do fato delituoso torna-se mais incerta, e a defesa do acusado mais precária e difícil”.

### 3.2.3.5 Teoria da emenda

Segundo esta teoria, o tempo age no comportamento do agente delituoso, de forma a possibilitar a sua “correção”. Entende-se que, com o passar do tempo e com o progresso da marcha processual, “o arguido tem a oportunidade de redimir o mal praticado, não mais necessitando de punição”. Por conseguinte, decorrido um significativo lapso temporal, “haveria a desnecessidade de imposição da sanção, uma vez que já almejada a finalidade da ressocialização” (FERRARI, 1998, p. 31).

O não cometimento de novos crimes durante o processo demonstra, ao menos para os adeptos dessa teoria, que o indivíduo se regenerou ou está ressocializado e apto a estar no meio social, o que eliminaria a necessidade de pena.

Em sentido contrário, “caso o condenado volte a delinquir, o decurso do tempo não terá sido capaz de regenerá-lo” (BITENCOURT, 2015, p. 890). Por isso, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a reincidência é uma das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória, a qual está prevista no inciso VI do artigo 117 do Código Penal.

### 3.2.3.6 Teoria psicológica

Semelhante à teoria da emenda, a teoria do caso em tela também acredita na evolução do agente, mas em função de uma suposta melhora psíquica. Por isso, “acreditando na força e na interferência que o tempo possui sobre as pessoas, entende que o cidadão, com o passar dos anos, tornar-se-á outra pessoa, psicologicamente alterada, a não mais justificar a punição” (FERRARI, 1998, p. 32).

Nessa mesma esteira, explicando tal teoria, Bitencourt (2015, p. 891) aduz que “o tempo muda a constituição psíquica do culpado, pois eliminou-se o nexó psicológico entre o fato e o agente”, e que, na realidade, com um longo decurso de tempo decorrido, quem sofrerá a sanção penal será outro indivíduo, não o mesmo que praticou o crime no passado.

### 3.2.3.7 Teoria orientada por princípios de política criminal

Essa teoria parte de critérios de oportunidade política, a fim de justificar a ausência de punição do agente depois de decorrido certo tempo. Nesse sentido:

Partindo da premissa de que a política criminal é a ciência que tem por finalidade a prevenção e o combate à criminalidade, desde a configuração do delito e da justiça criminal, até a efetividade da sanção penal, unindo-se funcionalmente à dogmática, os estudiosos constataram que um dos instrumentos possíveis para diminuir a criminalidade configurar-se-ia por meio da não-punição de condutas tardias, a atenuar a participação do Estado apenas aos casos estritamente necessários, impondo-se a punição quando justificável e indispensável.

A sociedade, segundo a teoria político-criminal, logo após a prática do crime, exige a reafirmação do ordenamento jurídico por meio de imposição da sanção (...) sem a injunção da punição, a sociedade apercebe-se de que praticamente não há mais necessidade de combater a criminalidade, alcançando-se certo controle social [...] (FERRARI, 1998, p. 33-34).

Pelo exposto, se aplicada essa teoria, seria desnecessária a punição do agente delitivo, haja vista que “se estabelece como diretriz de política criminal a inutilidade da aplicação de uma sanção penal ou de sua execução, haja vista que a sociedade já não reclama mais a reafirmação da norma depois de longa data da verificação da infração penal” (CLARO, 2008, p. 22-23).

### **3.2.4 Tipos de Prescrição**

O instituto da prescrição, como será demonstrado a seguir, pode incidir no *ius puniendi* do Estado tanto antes da condenação, ao impedir a continuidade do processo criminal, quanto depois do decreto condenatório, ao impedir a execução da punição do fato.

#### **3.2.4.1 Prescrição da pretensão punitiva**

Nesta modalidade, a prescrição ocorre antes da sentença penal transitar em julgado. Como consequência desse fato, todos os efeitos do crime são excluídos, logo, é como se o delito nunca tivesse ocorrido. O prazo prescricional tem início na data em que o crime se consuma ou na data em que a atividade criminosa cessa, no entanto, existem causas suspensivas ou interruptivas desse prazo, as quais já foram mencionadas neste trabalho.

Esse tipo de prescrição possui três espécies, quais sejam: abstrata, retroativa e intercorrente.

#### *3.2.4.1.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata*

É conhecida como abstrata devido ao fato de ainda não existir pena aplicada na sentença para ser usada com parâmetro de fixação do prazo prescricional (BITENCOURT, 2015, p. 892).

Sendo assim, conforme o artigo 109 do Código Penal, o prazo da prescrição abstrata é aferido de acordo com o máximo da pena privativa de liberdade prevista para o delito cometido.

No entanto, cabe ressaltar que, mesmo que um decreto condenatório já tenha sido proferido, o prazo prescricional continuará sendo calculado tendo como parâmetro a pena em abstrato nos casos em que houver interposição de recurso da acusação, haja vista o recurso trazer a possibilidade de exasperação da pena.

#### *3.2.4.1.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa*

De forma diversa da prescrição citada acima, na prescrição retroativa é levada em consideração a pena *in concreto*, ou seja, a aplicada na sentença condenatória, desde que esta já tenha transitado em julgado para a acusação. Por isso, se não existir recurso da acusação ou se esse for improvido, segundo Bitencourt (2015, p. 893) “a pena aplicada na sentença era, desde a prática do fato, a necessária e suficiente para aquele caso concreto”.

#### *3.2.4.1.3 Prescrição da pretensão intercorrente ou subsequente*

Da mesma forma que a prescrição retroativa, a prescrição intercorrente (ou subsequente) se baseia na pena aplicada na sentença condenatória. No entanto, a diferença está no fato que a retroativa considera períodos antecedentes à sentença, ao passo que a prescrição intercorrente é voltada a períodos posteriores à sentença recorrível (BITENCOURT, 2015, p. 910).

O prazo prescricional dessa modalidade começa a partir da sentença condenatória, indo até o trânsito em julgado para acusação e defesa.

#### 3.2.4.2 Prescrição da pretensão executória

Só se configura após o trânsito em julgado da sentença condenatória e é balizada conforme a pena aplicada. De modo diverso à prescrição da pretensão punitiva, que, por ocorrer antes do trânsito em julgado, exclui todos os efeitos, na prescrição da pretensão executória, o Estado perde apenas o direito de executar a sanção penal.

Sendo assim, os efeitos dessa prescrição se restringem à extinção da pena, permanecendo os demais efeitos da condenação (penais e extrapenais) (BITENCOURT, 2015, p. 910).

##### *3.2.4.2.1 Prescrição da pretensão executória da pena integral*

Nesta modalidade, que está prevista no artigo 110, *caput*, do Código Penal, o prazo prescricional é calculado a partir da pena aplicada na sentença penal condenatória transitada em julgado, pois não é o caso de apenado que tenha empreendido fuga do estabelecimento em que cumpre a pena.

##### *3.2.4.2.2 Prescrição da pretensão executória da pena residual*

Neste caso, trata-se da prescrição inscrita no artigo do 113 do Código Penal, a qual é calculada tendo como parâmetro o tempo de sanção que ainda falta ser cumprida, em casos que apenado que empreendeu fuga do estabelecimento prisional ou teve seu livramento condicional revogado.

#### **3.2.5 A imprescritibilidade penal**

##### **3.2.5.1 Aspectos históricos e teóricos**

A imprescritibilidade, “em matéria penal, é a inidoneidade ou ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, de que é detentor o Estado”. Por óbvio, é a ausência de prescrição, por isso, a sanção é perene e o Estado pode punir quem cometeu o delito a qualquer tempo (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 482).

Após alterações dos prazos prescricionais da época, a imprescritibilidade surgiu na última época romana, quando começou a se admitir que alguns crimes não prescrevessem. Entre os crimes imprescritíveis da época, estavam o *parricidium*, a *supositio partus* e a apostasia, e cada um deles, como é de se imaginar, possuía uma justificativa para a imprescritibilidade (Ferrari, 1998, p. 3). Assim:

O parricidium, por exemplo, foi declarado imprescritível por motivos puramente sociais, já que a morte do pai representava o fim da família e, como instituição sagrada, exigia a punição do filho criminoso, qualquer que fosse o decurso do tempo. O supositio partus, por sua vez, possuía razões específicas, decorrentes do estado das pessoas que praticavam esse crime, a não ser inadmissível uma não-punição. O crime de apostasia ou de abandono da fé foi declarado imprescritível por injunção da influência da Igreja Católica, que, não podendo perder seu rebanho, amedrontava-o com a eterna punição (FERRARI, 1998, p. 4).

Posteriormente, foi alargado o rol de condutas imprescritíveis, passando a imprescritibilidade a ter aplicação aos crimes considerados atroz, excepcionais ou grandiosos, chamados comumente de “*atrocíssima*”, “*exempta*” e “*enormia*” (Ferrari, 1998, p. 4).

Indo ao encontro do alargamento citado acima, ainda que a prescrição criminal se desenvolvesse na Itália, juristas como Beccaria e Bentham foram defensores da imprescritibilidade de alguns crimes, no referido país, durante o século XVII.

Segundo Ferrari (1998, p. 6), Beccaria defendia que a prescrição não deveria ser aplicada aos crimes atroz, pois seria uma contradição à concepção de que a todo delito corresponderia uma pena como consequência necessária e inevitável. Seria então, para o jurista italiano, “um prêmio à impunidade e um incentivo aos crimes alarmantes a abalar a comunidade, deixando-a em situação de defesa”.

Sobre prescrição e crimes graves, a consideração do jurista italiano:

Cabe exclusivamente às leis fixar o espaço de tempo que se deve empregar para a investigação das provas do delito, e o que se deve conceder ao acusado para sua defesa. Se o juiz tivesse esse direito, estaria exercendo as funções do legislador [...] Quando se trata desses crimes atroz cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga. Não é esse, todavia, o saco dos delitos ignorados e pouco consideráveis: é mister fixar um tempo após o qual acusado, bastante punido pelo exílio voluntário, possa reaparecer sem recear novos castigos. (BECCARIA, 1997, p. 74-75).

No entanto, demonstrando que a imprescritibilidade não deveria incidir em todos os delitos, ante a possibilidade de “melhora” do agente, é que Beccaria (1997, p. 74-75) afirmava que a “obscuridade que envolveu por muito tempo o delito diminui muito a necessidade do

exemplo, e permite devolver ao cidadão a sua condição e seus direitos com o poder de torná-lo melhor” (BECCARIA, 1997, p. 74-75).

### 3.2.5.2 A imprescritibilidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro

A previsão de imprescritibilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro é algo que chama atenção, haja vista ser a prescrição das infrações penais a regra geral.

Como exceções dessa regra, são imprescritíveis no direito brasileiro apenas os crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, os quais estão previstos, respectivamente, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Conforme essas disposições constitucionais:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e **imprescritível** a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. (Os grifos não constam na redação original)

Assim, de acordo com as redações transcritas acima e vigentes na Carta Magna, a imprescritibilidade é absoluta apenas para esses dois crimes, de modo que “o autor do crime não pode ter extinta sua punibilidade com base no art. 107, IV, do Código Penal” (SANTOS, 2010, p. 82).

Para Calixto (2010, p. 22), a prescrição penal, de certa forma, “é um direito do acusado ou condenado não se ver indefinidamente sob o jugo do aparelho repressivo do estado”. Por isso, a não aplicação da prescrição a determinados crimes gera insegurança jurídica, colocando no infrator o peso de uma eterna ameaça de punição. Esse apontamento é um ponto negativo atribuído por diversos juristas à imprescritibilidade.

Nesse sentido:

[...] a imprescritibilidade ameaça as garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa, pois submete o cidadão à eterna ameaça de repressão estatal, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social crime. (CALIXTO, 2010, p. 24)

De acordo com Claro (2008, p. 27), o Brasil passou por um período conhecido como “simbolismo penal”, vezes com inflação legislativa (excesso de criação de leis penais), e



outras vezes, contaminado por leis penais, cujo objetivo é satisfazer o clamor social pela efetividade da segurança pública.

Para este jurista, a imprescritibilidade com que foram revestidos os crimes de racismo e o de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático é exemplo de que o simbolismo penal impregnou até mesmo a Constituição Federal, pois, de forma aleatória, foram “escolhidas duas modalidades criminosas, sem grande critério e sem uma preocupação maior acerca da origem do problema racial ou político-social” (CLARO, 2008, p. 27).

Compartilhando de entendimento semelhante, Shecaira (2003, p. 413) considera a imprescritibilidade um insulto à concepção moderna de justiça e, além disso, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. Também, afirma que o referido instituto não observa os princípios constitucionais da proporcionalidade e da humanização das penas.

De modo diverso, indo de encontro às críticas e ao entendimento de que a imprescritibilidade não é compatível com o Direito Penal Moderno, Santos (2010, p. 87) sustenta que “há países de grande relevo jurídico e com elevado poder de influência no direito de outros Estados do mundo – mormente o ocidental da *civil law* – criando novas hipóteses de imprescritibilidade (...) inclusive delitos tidos como comuns”. Por isso:

[...] a perenização da possibilidade de punir, típica, até pouco tempo, da Inglaterra e de outros países da *common law*, também começa a se mostrar – evidentemente que em muito menores proporções – como ressurgência, no direito penal interno de diversos países estranhos ao “direito costumeiro”.

Não obstante isso, esse autor conclui afirmando estar equivocada a “caricaturização” dada à imprescritibilidade, e considerando descontextualizadas, mesmo que em parte, as críticas que afirmam ser a imprescritibilidade penal dissociada do direito penal moderno (SANTOS, 2010, p. 88).

Claro (2008, p. 27), apesar de criticar o instituto, aponta uma possível solução para a questão da imprescritibilidade, afirmando que o ideal seria que alguns prazos prescricionais fossem modificados, bem como que algumas espécies de prescrição fossem repensadas, pois acredita que as espécies de prescrição intercorrente e retroativa apenas “prestigiam a impunidade”.

### 3.3 A INAFIANÇABILIDADE

Outra restrição relacionada ao racismo é o instituto da fiança, que é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro, ou, ainda, na entrega de valores ao Estado, a fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade enquanto o processo criminal transcorre. A fiança é uma espécie, da qual caução é o gênero, tendo esta o significado de garantia ou segurança (NUCCI, 2009, p. 643).

A caução é conhecida como fidejussória, quando é dada em troca uma garantia pessoal, onde essa garantia pessoal “é assegurada pelo empenho da palavra de pessoa idônea, de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se em caso de condenação”. Com o passar do tempo, essa modalidade, que era tida como a autêntica fiança, deu lugar à caução real, que implica no depósito ou entrega de valores. (NUCCI, 2009, p. 643)

Segundo Tourinho Filho (2010, p. 707), a fiança, na seara processual penal, é uma contracautela, que tem por objetivo deixar o indiciado ou réu livre, por meio de uma caução, podendo ser depósito em dinheiro, entrega de pedras, objetos ou metais preciosos, títulos de dívida pública (municipal, estadual ou federal), conforme o artigo 330 do Código de Processo Penal, ou por bens dados em hipoteca, os quais estão previsto no Código Civil. Depois de prestada a referida caução, o indiciado ou réu adquire sua liberdade provisória, até o “pronunciamento final da causa”, em decisão transitada em julgado.

A finalidade da fiança é garantir ao indiciado ou réu sua liberdade provisória, enquanto o processo-crime ocorre, mas somente se observadas certas condições. Além disso, tem o objetivo de garantir o pagamento das custas do processo, da indenização do dano (se existente) causado pelo crime e também o pagamento da multa (se aplicada) (NUCCI, 2009, p. 644).

O Código de Processo Penal não elenca delitos que são afiançáveis, e sim, estabelece os crimes em que a fiança não é aceita. Por isso, para saber quais infrações admitem a fiança, é necessário fazer uma interpretação reversa, e descobrir, inicialmente, quais crimes são inafiançáveis. (LIMA, 2012, p. 1492)

Diferentemente da imprescritibilidade, que só tem aplicação nos crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal de 1988), a inafiançabilidade tem incidência sobre outros crimes.

### 3.4 O RACISMO COMO CRIME IMPRESCRITÍVEL E INAFIANÇÁVEL

Com o inciso XLII do seu artigo 5º, ao conferir tratamento mais grave para a punição de práticas racistas, buscou a Constituição “Cidadã” acabar com preconceitos e segregações que se arrastam há séculos no Brasil, por meio da perenização do lapso temporal que o Estado pode exercer seu poder punitivo (CALIXTO, 2010, p. 26).

No entanto, “especialmente tratando-se de práticas cujas motivações refletem concepções internas de “opinião” e “crença”, como ocorre no racismo”, as restrições constitucionais que constituem esses crimes não se mostram tão efetivas quanto o esperado (CALIXTO, 2010, p. 27), bastando atentar-se ao fato de que, a cada dia, cada vez mais são noticiados novos casos de racismo no Brasil.

Acerca da imprescritibilidade do racismo, Nucci (2014, p. 259) não concorda com o que preceitua o referido instituto. Isso porque, na concepção deste doutrinador, atribuir esse caráter ao referido crime, mesmo estando ele revestido de elevada gravidade, não tem o condão de extirpar a ocorrência da prática preconceituosa no cotidiano das pessoas. Ainda, segundo esse jurista, o *quantum* baixo das penas previstas na “Lei de Racismo”, que têm, como pena máxima cominada, 5 anos de reclusão, vai de encontro com o que se pretende com o instituto da prescrição.

Nesse contexto, o citado autor traça uma comparação com o crime de extorsão mediante seqüestro seguida de morte, que tem reprimenda de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos, e assevera que, se esse crime prescreve, “não há sentido em se punir alguém, autor de crime previsto na Lei n. 7.716/1989 (com penas de um, dois, três, quatro ou cinco anos de reclusão), depois de decorridos vinte, trinta, quarenta ou cinquenta anos da data do crime”.

De forma resumida, a visão do referido jurista acerca das restrições do crime de racismo, é no sentido de que:

A previsão de inafiançabilidade torna-se inútil em face do sistema processual penal vigente, que admite a liberdade provisória, sem fiança, para vários crimes, considerados graves. Logo, o delito de racismo, embora não admita o pagamento de fiança, poderia comportar a liberdade sem a caução legal. De outra sorte, a imprescritibilidade não faz parte da tradição do Direito Penal brasileiro, até pelo fato de infrações penais muito mais graves comportarem a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, como ocorre com o homicídio, o estupro ou a extorsão mediante seqüestro, apenas para ilustrar.

No entanto, apesar de criticar as restrições constitucionais atribuídas ao crime de racismo, reconhece que, por trás dessas previsões, existe uma simbologia política e social,

com o intuito de promover a igualdade entre os cidadãos brasileiros e eliminar a discriminação e o preconceito da sociedade, metas do Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2010).

Essa concepção encontra respaldo no artigo 3º, inciso IV, da Constituição, que prevê como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Nesse sentido:

A instituição da prescrição penal ou da imprescritibilidade de determinado delito refere-se a escolha política, decisão de política criminal, datada, influenciada pelos anseios da sociedade, pelo estado da parte da doutrina penalista, das tendências democráticas ou autoritárias do governo em questão, dentre outros inúmeros fatores culturais e criminológicos (CALIXTO, 2010, p. 24).

Dessa forma, a Constituição Federal pode ser considerada um “divisor de águas” no que diz respeito ao tratamento da temática racial no direito pátrio, pois, além de o Estado brasileiro ter adotado uma providência mais drástica, buscando o combate do preconceito e das discriminações raciais, a imprescritibilidade atribuída aos crimes de racismo não deixa de ser uma resposta à dívida social que o Brasil tem com os cidadãos afrodescendentes e indígenas do nosso país. (CALIXTO, 2010, p. 22).

Os combates ao preconceito e à discriminação racial fazem parte de um sistema de ações que objetivam a proteção e a promoção dos direitos humanos. O racismo, independentemente da forma que for praticado, sem dúvidas, fere a dignidade da pessoa humana e a igualdade, direitos inerentes à todas as pessoas. Tem-se aí mais um motivo pelo qual se optou por tratar os delitos raciais de forma imprescritível e inafiançável (CALIXTO, 2010, p. 23-24).

Convém ressaltar que a inaplicabilidade da prescrição e da fiança ao crime de racismo são evidências de que o Brasil, de forma alguma, é uma democracia racial. Se, de fato, o país assim fosse, não seria necessário que, na Carta Magna, a codificação nacional máxima, fossem dadas reprimendas tão graves a quem comete tais crimes.

Apesar das críticas à imprescritibilidade do racismo, também existem opiniões favoráveis à restrição constitucional dada ao delito. Segundo Brandão (*apud* CALIXTO, 2010, p. 25):

[...] uma sanção tão “drástica” como a mandada adotar pela Constituição em vigor para os delitos de preconceitos raciais [...] só pode ser aplicada nas hipóteses em que

a lesão ao direito ou à liberdade fundamental se revista também do caráter de um ato altamente execrável. [...] Perguntamos se o racismo não é algo execrável, e se não será igualmente detestável o preconceito racial e a discriminação do indivíduo em razão de sua cor.

Existe a concepção de que a imprescritibilidade seja uma afronta à prescrição, por ser esta uma garantia jurídica. Sobre esse tipo de conflito, tem-se:

Os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, nesse caso, a necessidade de ponderação [...] de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos a nível jurídico constitucional. Estas tarefas de ponderação e concordância prática são formas de concretização das normas consagradoras dos direitos fundamentais (concretização-restrição) (CANOTILHO, 1997, p. 601)

Assim, é provável que o constituinte tenha feito um sopesamento e chegado à conclusão de que a igualdade e a dignidade da pessoa humana, princípios que são violados com o racismo, deveriam prevalecer sobre o direito de não ficar eternamente sob a mira da punição estatal.

É o que se infere do trecho do voto do ministro Maurício Corrêa, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS, conforme trecho abaixo:

[...] penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento [...] Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, parágrafo 2º, primeira parte). Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente, vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra [...] A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional [...] E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutela o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição [...] (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2002).

Os direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, artigo este tido como de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, passaram a ter aplicação imediata e ganharam roupagem de cláusula pétrea, logo, são previsões que não podem ser modificadas. A história da evolução dos direitos fundamentais por muitas vezes confunde-se com a história do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual sua essência se justifica no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade, demonstrando que, antigamente, esses direitos não eram reconhecidos da mesma forma e intensidade que são tidos na atualidade (FARIAS, 2015, p. 14).

Neste trabalho monográfico, optou-se por analisar o “Caso Ellwanger” para demonstrar que o racismo é um crime imprescritível e inafiançável.

Siegfried Ellwanger Castan (1928 – 2010) foi um editor, industrial e escritor gaúcho. Fundador da Revisão Editora, dedicou parte de sua carreira a pesquisas sobre o holocausto judeu na Segunda Guerra Mundial, seguindo a corrente revisionista, tendo inclusive negado a existência dos campos de concentrações comandados por Adolf Hitler, afirmando que eram apenas locais de trabalho forçado.

Em 1990, Ellwanger Castan foi denunciado por supostamente disseminar o racismo contra judeus. Em primeira instância, o editor foi absolvido. No entanto, após a interposição de recurso, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por conseguinte, após a condenação em segunda instância, a defesa de Ellwanger Castan impetrou o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS perante o Supremo Tribunal Federal.

O julgamento teve início em 12 de dezembro de 2002, e, após muitos debates, diferentes fundamentações e as mais diversas justificativas apresentadas pelos ministros, de modo a explicitarem seus diferentes pontos de vista, bem como três pedidos de vista, os quais fizeram o julgamento se estender ainda mais, o caso foi concluído, nove meses depois.

Nesse trabalho monográfico, não se pretende entrar nas minúcias desse caso, que conta com quase cinco centenas de laudas de extensão. Por isso, serão analisados os votos dos ex-ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa, haja vista ter sido o primeiro o relator do processo e o segundo o responsável pelo voto de divergência, que posteriormente foi seguido por outros ministros. Por fim, o voto de cada ministro será comentado brevemente.

No mérito da causa, estava o questionamento se o racismo contra os judeus era imprescritível, vez que a defesa do paciente usava a tese de que os judeus não são uma raça, logo não haveria a possibilidade de o delito ser imprescritível.

Para Santos (2010, p. 90), existe uma corrente restritiva e uma ampliativa quanto ao crime de racismo. A corrente à qual esse autor se filia é a restritiva, pois, a seu ver, “não existe raça católica, como também não existe raça budista ou judia [...] Discriminar as pessoas por conta disso será crime da Lei nº 7.716/89, mas não racismo”, por isso, na opinião desse jurista, um crime praticado contra alguém em face da sua religião ou procedência nacional não será imprescritível, devendo ser considerados imprescritíveis tão somente, as hipóteses relativas à raça, cor e etnia (SANTOS, 2010, p. 91).

No julgamento, em seu voto, o ministro Moreira Alves aduziu que o crime de racismo não engloba toda e qualquer forma de discriminação ou preconceito. Em sua visão, a palavra racismo deveria ser interpretada de forma restrita, haja vista a imprescritibilidade ser limitada a apenas dois crimes do ordenamento jurídico brasileiro, não tendo incidência sequer nos crimes hediondos.

O referido ministro pontua ainda, que, em todos os anos de sua extensa carreira jurídica, nunca soube nomear o que de fato seria racismo. Posteriormente, chega à conclusão de que os judeus não formam uma raça, mas, tão somente, um povo. Assim, conclui não ter o paciente cometido o crime de racismo, mas sim atos discriminatórios.

Do seu voto, extraem-se os trechos abaixo:

[...] Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de “racismo”, não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.

Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram [...].

Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2002).

Após citar antropólogos judeus e rabinos, de forma a embasar o seu entendimento, esse eminente ministro chega à conclusão, *in litteris*:

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.11.91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorreram mais de quatro anos.

Em face do exposto, defiro o presente “habeas corpus” para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2002).

Por outro lado, primeiramente no seu pedido de vista, o ministro Maurício Corrêa teceu algumas considerações preliminares, valendo-se de um apanhado de situações discriminatórias sofridas pelos judeus ao longo da história da humanidade, citando passagens bíblicas desde o êxodo do Egito até a terra prometida, até a tentativa de extermínio suportada nos campos de concentração. Assim:

Não vou aqui recordar aos ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas sim que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo judiação como sinônimo de pessoa que sofre nas mãos de alguém, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Por que isso? Porque os judeus teriam *judiado* de Cristo.

Se formos catalogar todo sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos – amargos e terríveis – que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça – salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e aflição.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si – e não falo isso para situar-me nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um I como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje...

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei*”, só se refere à raça de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?

[...]

Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da carta federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? [...] (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2003).

Após a contextualização e os questionamentos levantados, na sessão seguinte, valendo-se de dados históricos e questões sociológicas, tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, bem como traçando paralelos com os ordenamentos jurídicos de outros países, o



referido ministro proferiu o seu voto, no sentido de denegar a ordem do *habeas corpus*, nos seguintes termos:

Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros [...].

Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se põe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de “*revisionismo*”, como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2003).

Na mesma sessão, o ministro Gilmar Mendes requereu a vista dos autos, o que postergou o seu voto. No entanto o ministro Celso de Mello optou por antecipar o seu voto, indo ao encontro do entendimento suscitado no voto divergente. No entendimento deste ministro, só existe uma raça: a humana. Todavia, ponderou que, quem se vale de elementos racistas para ofender outrem, ofende a dignidade de todos. Por essa razão, votou pela denegação da ordem do remédio constitucional.

Na sessão seguinte, o ministro Gilmar Mendes proferiu o seu voto, também no sentido de denegar a ordem do *habeas corpus*, aduzindo estar o antissemitismo incluído como uma das formas de racismo. Pontuou, ainda, acerca da liberdade de expressão, ponderando que, apesar de ser uma garantia positivada da Constituição Federal de 1988, essa garantia, em uma sociedade plural, como dizem ser a brasileira, não deveria prevalecer sobre os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Para o ministro Carlos Velloso, parecia evidente, pelo teor das publicações do paciente, que o povo judeu era tratado como raça inferior, o que, consequentemente, configurava o crime de racismo.

Rebatendo os argumentos da defesa de Siegfried Ellwanger Castan, que afirmava que o editor fazia publicações, apenas, com objetivo revisionista, foi que o ministro Nelson Jobim

votou pela não concessão do *habeas corpus*. Em seu voto, o referido ministro, afirmou que o paciente reproduzia o antissemitismo em suas publicações, as quais fomentavam práticas racistas.

Em seu voto, a ministra Ellen Gracie trouxe exemplos de casos de antissemitismo ocorridos na Alemanha, com o objetivo de demonstrar o tratamento de coisa que era dispensado ao povo judeu. Não obstante isso, trouxe também o conceito de raça extraído da enciclopédia judaica, na qual se afirma que a semelhança essencial de todas as raças é a origem comum de todos os humanos, sendo usada mais uma vez nesse emblemático julgamento a ideia de raça humana. Por fim, a citada ministra também votou pela denegação do *habeas corpus*.

O ministro Celso Pelluzo, em um voto mais breve, também, seguiu o voto dissidente. A essa altura o julgamento já estava decidido, por 7 votos desfavoráveis a concessão da ordem e 1 a favor.

Entretanto, o ministro Ayres Brito, que também pediu vista do processo, e o ministro Marco Aurélio votaram pela concessão da ordem do recurso.

O primeiro votou pela concessão de ofício, afirmando inexistência de justa causa para a instauração da ação penal contra o paciente. Já, no mérito da questão, votou pela absolvição de Ellwanger Castan, afirmando que a lei que tipificou o racismo por meios de comunicação foi promulgada após o paciente ter perpetrado os atos discriminatórios em suas publicações literárias.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem ao acreditar que as publicações do editor realmente possuíam cunho revisionista, ao mostrar a história sob um prisma distinto do habitual. Em sua opinião, só estaria configurada a prática do racismo se Ellwanger Castan distribuísse materiais incentivando o extermínio dos judeus.

Por fim, no dia 17 de setembro de 2003, após 5 sessões e quase 1 ano de duração do julgamento, o ministro Sepúlveda Pertence encerrou o julgamento, votando pela denegação da ordem, deixando o placar final em 8 votos contra e 3 a favor. No voto derradeiro, afirmou ter ficado convencido de que uma publicação como um livro pode ser um instrumento para realização de práticas racistas, além de afirmar que, de forma alguma, via as publicações do paciente de forma revisionista.

Pelo exposto, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou que, embora judeu não seja, em regra, uma raça, não há como precisar, com exatidão, o que este vocábulo

queira significar, razão pela qual a discriminação antissemita, objeto do referido caso, foi considerada uma conduta racista, tal qual umas das previstas na Lei n. 7.716/1989, sendo, portanto, imprescritível e inafiançável.

Nesse sentido, tem-se que a interpretação do pretório excelso vai ao encontro da lógica de supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o vocábulo “raça” é um termo ambíguo, que pode representar desde um conjunto de humanos com as mesmas características somáticas, como, também, um coletivo de indivíduos com a mesma origem linguística, ética e social. Pode ser, também, uma mera classe ou categoria de pessoas (NUCCI, 2014, p. 757).

## **4 A (IM)POSSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA INJÚRIA RACIAL NO CONCEITO DE RACISMO PARA OS FINS CONSTITUCIONAIS**

### **4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Este derradeiro capítulo tem como objetivo discutir a inserção (ou não) do crime de injúria racial no conceito de racismo para fins constitucionais.

Divido em três itens, tratará o primeiro das posições doutrinárias e jurisprudenciais desfavoráveis à inserção da injúria racial no conceito de racismo; o segundo, das posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis; e, por fim, o último tópico fará uma abordagem acerca da possibilidade da inserção da injúria racial no conceito de racismo, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

### **4.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS DESFAVORÁVEIS À INSERÇÃO DA INJÚRIA NO CONCEITO DE RACISMO**

#### **4.2.1 Posições doutrinárias**

De pronto, cabe ressaltar que, na realidade, não existe posição desfavorável à inserção da injúria no conceito de racismo. No entanto, a maioria dos doutrinadores que atuam com direito penal em nosso país seguem o critério de diferenciação mais comum para distinguir os delitos.

Nessa esteira, o entendimento predominante é no sentido de que o critério adotado para distinguir as condutas deve levar em consideração o alcance das expressões, gestos ou o modo com que se externa o pensamento preconceituoso (SANTOS, 2001, p. 126).

Ilustrando: alguém que se manifesta dizendo: “oh, raça maldita!” ou “você pertence a uma sub-raça”, conforme esclarecimento de Santos (2001, p. 127) pratica uma conduta preconceituosa, mais precisamente o racismo.

No entanto, se essa mesma pessoa chamar alguém de “macaco”, “preto imundo”, “negro sem vergonha”, este caso configura a injúria preconceituosa, não crime de racismo. Ou seja, “embora haja nítida demonstração de racismo ou outra forma de preconceito por parte do autor do delito, o crime em si não é classificado como delito de “racismo”, por não fazer parte da Lei específica” (SANTOS, 2001, p. 142).

Tem-se, portanto, que, quando a ofensa é dirigida, tão somente, a uma pessoa, como o xingamento a um negro como “preto safado”, o crime seria o do artigo 140, § 3º, do Código Penal, por “somente” ofender a honra subjetiva da vítima.

No entanto, se ao proferir a ofensa, diz-se: “só podia ser coisa de preto!”, acredita-se estar diante de um dos tipos penais da Lei n. 7.716/1989, pois, ainda que o ofensor tenha se manifestado contra a uma única vítima, mesmo que num breve desentendimento, “está relevando inequivocamente um preconceito em relação à raça negra, ou aos que possuem a “cor” preta, pois a expressão utilizada contém o raciocínio de que todo negro ou preto faz coisas erradas”. (SANTOS, 2001, p. 126)

Corroborando esse entendimento, Bitencourt (2017, p. 398) explica que, para que seja configurada a injúria racial, é imprescindível, além do dolo representado pela vontade livre e consciente de ofender a vítima, que se faça presente o elemento subjetivo especial do tipo penal, sendo este o intuito de discriminar em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

A seu ver, “a simples referência aos dados discriminatórios contidos no dispositivo legal é insuficiente para caracterizar o “crime de racismo”, por isso, recomenda ponderação, afim de que sejam evitados excessos e o aumento de injustiças (BITENCOURT, 2017, p. 398).

Ainda, Bitencourt (2012, p. 352) entende que “a injúria nem sempre decorre do sentido literal do texto ou das expressões proferidas, que, não raro, precisam ser contextualizadas para se encontrar seu verdadeiro sentido”.

#### **4.2.2 Posições jurisprudenciais**

##### **4.2.2.1 Apelação Criminal n. 2010 01 1 117388-3, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (caso “Paulo Henrique Amorim x Heraldo Pereira”)**

No ano de 2009, o jornalista Paulo Henrique Amorim publicou, em meio eletrônico, notícia criticando a Rede Globo de Televisão, além do jornalista Heraldo Pereira, um dos funcionários da emissora. Na notícia, o ofensor afirmou que a vítima era “negro de alma branca” e que, basicamente, não possuía nenhum atributo que justificasse o seu sucesso, a não ser o fato de “ser negro e de origem humilde”.

Meses depois, no mesmo sítio eletrônico, Paulo Henrique Amorim voltou a “criticar” Heraldo Pereira, mencionando, ao comentar uma entrevista, que “Heraldo se agachava, se ajoelhava para o Ministro Gilmar Mendes e que esse seu comportamento serviçal deveria envergonhar Ali Kamel, inimigo das cotas para negros nas universidades”. (TJDFT, Ap. Crim. n. 2010 01 1 117388-3, 3ª Tur. Crim, rela. Des. Nilsoni de Freitas Custódio, DJ 20-06-2013).

Posteriormente, a vítima, Heraldo Pereira, tomou conhecimento dos fatos e apresentou representação contra o colega de profissão, agora seu ofensor. Por essa razão, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia contra Paulo Henrique Amorim, imputando-lhe as condutas descritas no artigo 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, por duas vezes, e no art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal.

Tem-se que as publicações feitas pelo acusado continham os seguintes conteúdos:

Fato 1:

Globo mente em rede nacional e desmente em rede local

[...] Ontem, por exemplo, o funcionário de Gilmar Dantas (\*\*) Heraldo Pereira, que faz um bico na Globo, fez uma longa exposição para justificar o seu sucesso. E não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde. Heraldo é o negro de alma branca. Ou a prova de que o livro do Ali Kamel está certo: o Brasil não é racista. Racista é o Ali Kamel.

Fato 2:

Anatomia de um vídeo: Globo se ajoelha diante de Gilmar

O vídeo deveria envergonhar o Ali Kamel, diretor de jornalismo da Globo, e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades. O “repórter” Heraldo Pereira já trabalhou para Gilmar Dantas (\*), como professor de um curso de pós-graduação em Direito Constitucional que o Ex-Presidente Supremo do Supremo ministrava em Brasília por um equivalente ao SMS. No jornal da Globo, ele é coadjuvante desta reportagem em que o Ex-Presidente Supremo faz uma espécie de “canto de cisne”. (...) O ar que se respira é menos pesado”. É um trololô sobre a tele-conferência, como se ele fosse o Graham Bell de Diamantino. A proposta do Conselho Nacional de Justiça está três décadas atrasada e depende de aprovação do Congresso. Portanto, o objeto da entrevista é inútil. O problema não é o conteúdo. É a forma. Pereira se agacha, se ajoelha para entrevistar Ele. É a posição do PiG (\*) em relação a Ele, durante os dois anos em que foi Presidente Supremo do Supremo: de joelhos. O “repórter” simula uma entrevista inesperada. A primeira sequência é dilacerante: a câmera abandona o “repórter” e localiza o entrevistado perplexo, atônito, como se não soubesse que estava para entrar no Panteão da Globo. Coitado, o Supremo Presidente trabalha tanto, até altas horas da noite, diz o “repórter”. No gabinete de trabalho, na labuta de acelerar os processos judiciais - sobretudo os que envolvem o Daniel Dantas ... - Ele se dispõe a receber o “repórter”. De paletó e gravata, sentado, ele não convida o “repórter” a sentar. Quem é a imprensa para merecer tal distinção? Nem o “repórter” ousa tanto: ele prefere se ajoelhar. A intempestiva entrevista tem a função de demonstrar: 1) que Ele é um infatigável servidor público, pronto a prestar informações ao distinto público; 2) a Globo estará sempre ali, de joelhos diante dos poderosos, sempre disposta a informar o distinto público. A linguagem do vídeo é devastadora. Mostra o que Ele é. Intelectualmente irrelevante. Politicamente arrogante. E como ficam a Globo e seus “repórteres”: de joelhos. Ou como diz adorável amiga navegante: ajoelhou tem que rezar.

Com o trâmite do feito, sobreveio a sentença, na qual o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia e desclassificou a primeira imputação para aquela descrita no art. 140, § 3º, do Código Penal, e, posteriormente, declarou extinta a punibilidade em razão da decadência. Além disso, absolveu o réu em relação à segunda imputação, alegando a atipicidade da conduta.

Não satisfeito com a prestação jurisdicional, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs recurso de apelação, requerendo: a) em relação à primeira imputação, a condenação do apelado pela prática do crime do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, por duas vezes, ou, subsidiariamente, o afastamento da preliminar de extinção da punibilidade, afirmando ser apta e tempestiva a representação da vítima, e, no mérito, a condenação do apelado nas sanções do art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal, por duas vezes; b) em relação à segunda imputação, a condenação do acusado como incurso nas penas do art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal.

O Procurador de Justiça, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para que o réu fosse condenado, tão somente, pela prática do crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal c/c art. 383 do Código de Processo Penal, em relação à primeira imputação.

Extraí-se da ementa parcial da Apelação Criminal n. 2010 01 1 117388-3 APR, julgada em 20 de junho de 2013, pela Terceira Turma Criminal do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com relatoria da Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, o seguinte teor:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITOS CONSTITUCIONAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. HONRA. PONDERAÇÃO. CRIMES. INJÚRIA RACIAL E RACISMO. DIFERENÇA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRIMEIRA IMPUTAÇÃO. DOLO DE INJURIAR. PRESENÇA. CONDENAÇÃO. SEGUNDA IMPUTAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. [...]

III - A distinção entre os crimes de preconceito e injúria preconceituosa reside no elemento subjetivo do tipo. Configurar-se-á o delito de discriminação se a intenção do réu for atingir número indeterminado de pessoas que compõem um grupo e o de injúria preconceituosa se a objetivo do autor for atingir a honra de determinada pessoa, valendo-se de sua cor para intensificar a ofensa.

IV – Se o réu divulga artigo que se restringe a criticar a vítima, sem qualquer dado concreto, referindo-se a esta como sendo pessoa que não conseguiu revelar nada além de ser “negro e de origem humilde” e utilizando expressões como “negro de alma branca” resta caracterizado o crime de injúria preconceituosa.

V – Afasta-se a extinção da punibilidade em decorrência da decadência do direito de representação diante da dúvida a respeito da data em que a vítima veio a saber da ocorrência do crime e de quem era o autor. [...]

VI – Justifica a elevação da pena-base do crime de injúria preconceituosa se a vítima é figura pública que depende de sua imagem para exercer a profissão e, após as

lesões provocadas pelo crime, encontre dificuldades perante a sociedade e a sua profissão. [...]

VIII – Se as ofensas foram publicadas no site do réu, que tem grande número de acessos, facilitou-se a divulgação da injúria, devendo ser reconhecida a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 141 do Código Penal.

IX – Mantém-se a absolvição em relação à segunda imputação se, apesar da presença de termos fortes, o réu agiu com o ânimo de narrar os fatos, criticando a postura da vítima enquanto jornalista de emissora rival, sem, no entanto, extrapolar os limites impostos ao exercício do direito à livre manifestação do pensamento.

XI – Recursos conhecidos e parcialmente providos. (Os grifos não constam na redação original)

Em seu voto, ao analisar as adequações típicas dos fatos imputados ao apelado, a Relatora distinguiu as condutas descritas na Lei n. 7.716/1989 daquela tipificada como injúria racial, utilizando o entendimento “clássico” para proceder essa diferenciação, reforçando a tese de que esses crimes se diferenciam pelo dolo do agente em atingir determinada pessoa ou uma coletividade.

Nesse sentido, constou do voto da Relatora que:

No caso dos autos, o apelado, ao proferir expressões como “Heraldo é negro de alma branca” e “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”, certamente não teve a intenção de atingir todas as pessoas negras, mas tão-somente de depreciar a vítima, salientando sua condição de negro.

Seguindo no seu voto, a citada Relatora mencionou o fato de o apelado, ao longo de sua carreira como jornalista, ter publicado artigos contra o racismo e, também, de ter colhido declarações de pessoas próximas a ele para justificar que, aparentemente, não haveria como este ser racista, afastando, assim, a possibilidade de ter ele cometido o crime do artigo 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, por ausência de dolo.

A referida Relatora julgou, por outro lado, estar caracterizada a conduta relativa ao crime de injúria preconceituosa, pois, ao declarar que a vítima era “negro de alma branca” e que não possuía nada em seu currículo, sendo apenas um “negro de origem humilde”, o apelado tinha a intenção de, tão somente, ofender a honra da vítima.

No seu voto, a mencionada julgadora ressaltou que:

A expressão “*negro de alma branca*” não raro é entendida em sentido pejorativo, indicando que pessoas de cor branca são sempre relacionadas a atributos positivos ao passo que as de cor negra são sempre associadas a qualificações negativas e que seriam mais dignos se se igualassem aos brancos, o que indubitavelmente se adéqua ao crime de injúria racial. [...] No entanto, é necessário interpretar tal expressão de forma contextualizada, objetivando verificar o seu verdadeiro sentido no caso dos autos.



Adotando, em parte, o entendimento do Juízo *a quo*, que havia desclassificado a conduta de racismo (*lato sensu*) imputada ao apelado para o delito de injúria preconceituosa, a Relatora aduziu que estava correta a readequação típica feita pelo juízo de primeiro grau, haja vista que, ainda que o apelado tivesse, também, o objetivo de criticar a emissora que a vítima trabalhava, acabou desvirtuando o conteúdo da matéria publicada, acabando por injuriar, dolosamente, Heraldo Pereira, mediante a utilização de elementos referentes à cor do ofendido.

Em relação à ocorrência de decadência no prazo de representação da vítima, a Desembargadora Relatora optou pelo afastamento dessa causa extintiva de punibilidade, devido a falta de certeza quanto ao momento em que o ofendido teve de ciência das ofensas, uma vez que foram publicadas em meio digital. Sendo assim, a condenação do apelado, por injúria racial, foi confirmada em segunda instância.

Em relação ao segundo fato, a Desembargadora relatora entendeu que, apesar do tom áspero e por vezes desnecessário empregado na notícia, o apelado estava, apenas, analisando um caso de grande repercussão ocorrido no Supremo Tribunal Federal.

Sua fundamentação foi no sentido de que:

[...] ele agiu com verdadeiro animus narrandi, não se verificando, com a certeza necessária para a configuração de crime, o intuito de ofender a dignidade da vítima. Nesse sentido, o Juiz sentenciante destacou que “diferente da primeira publicação, a alusão ao ofendido e a Ali Kamel fez-se exclusivamente no plano das ideias. Houve crítica, ainda que implícita, à posição assumida por Ali Kamel, relacionando-a com o fato de Heraldo Pereira ser negro. Mas foi só. Não ficou demonstrado qualquer ofensa.”

Embora o réu tenha usado termos fortes, tal fato é insuficiente para a configuração do crime de injúria, tendo em vista que de uma leitura atenta a essa reportagem percebe-se que o ânimo do réu em relação à vítima foi o de narrar os fatos, criticando sua postura enquanto jornalista de emissora rival à qual o réu pertence, sem, no entanto, extrapolar os limites impostos ao exercício do direito à livre manifestação do pensamento.

Por conseguinte, acreditando que o apelado realmente só buscava narrar uma entrevista, a mencionada Relatora manteve a absolvição do jornalista Paulo Henrique Amorim ao crime de injúria preconceituosa, em relação ao segundo delito que lhe havia sido imputado.

#### 4.2.2.2 Apelação Criminal n. 2009.039054-2, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

No caso em tela, consta que, ao avistar, na rua, um vizinho (homem negro) com o qual havia desavenças prévias, o apelado passou a ofendê-lo, com os seguintes dizeres: “o que tu tá

aqui, nego sujo, nego vagabundo”, “vocês são nego sujo, nego vagabundo, macaco”. Além disso, não satisfeito em ofender a dignidade da vítima, o apelado atentou também contra a integridade física do ofendido, haja vista que o denunciado teria se dirigido até a frente da casa da vítima, de onde, na posse de uma arma de fogo, teria efetuado um disparo com uma arma enquanto proferia mais xingamentos.

Tramitado o feito, o juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia, e, além de desclassificar a conduta descrita no artigo 20 da lei n. 7.716/1989 para o crime de injúria racial, posteriormente, declarou extinta a punibilidade do réu, uma vez que reconheceu a decadência do seu direito de queixa.

Inconformado com o decreto, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação, requerendo a condenação do apelado pela prática de racismo, alegando a existência de provas para o decreto condenatório.

No seu parecer como órgão do Ministério Público *ad quem*, o Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

Pode-se depreender do acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal nos autos da Apelação Criminal n. 2009.039054-2, de Biguaçu (SC), julgada em 9 de fevereiro de 2010, nos quais foi relator o Desembargador Tulio Pinheiro, a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU O CRIME DE RACISMO PARA O DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO, EXTINGUINDO, POR CONSEQUENTE, A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. [...] MÉRITO. **ALMEJADA CONDENACÃO DO ACUSADO PELO DELITO DE RACISMO. DESCABIMENTO. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A INTENÇÃO DO RECORRIDO DE FERIR A HONRA SUBJETIVA DA VÍTIMA E NÃO DE SE OPOR INDISTINTAMENTE À RAÇA NEGRA.** APELO DESPROVIDO. (Os grifos não constam na redação original)

No voto, apesar de reconhecer a materialidade e a autoria do delito cometido pelo apelado e de mencionar que este, constantemente, ofendia a família da vítima, chamando os familiares e ela própria de “negrada vagabunda”, o Relator decidiu pelo desprovimento do apelo, com a seguinte justificativa:

Tal conduta perpetrada pelo recorrido, apesar de aparentemente se subsumir à norma descrita no art. 20 da Lei n. 7.716/1989 (crime de racismo), configura, em verdade, injúria qualificada por preconceito aposta no art. 140, § 3º, do Diploma Repressor, uma vez que seu propósito era ferir a honra subjetiva de [...] e não se opor indistintamente à raça negra.

Com essa fundamentação, a Segunda Câmara Criminal, do Egrégio Tribunal, desproveu o recurso por unanimidade.

### 4.3 POSIÇÕES FAVORÁVEIS À INSERÇÃO DA INJÚRIA RACIAL NO CONCEITO DE RACISMO

#### 4.3.1 Posições doutrinárias

No ordenamento jurídico brasileiro, são poucos os doutrinadores que admitem a “inovação” relativa à inserção da injúria racial no conceito de racismo. No entanto, ainda que se careça de variedade de opiniões sobre essa questão, Guilherme de Souza Nucci defende veementemente esta corrente, a qual é divergente e minoritária no Brasil. Sua opinião se baseia, entre outros motivos, no Caso Ellwanger, previamente abordado nesta monografia.

Conforme já mencionado neste trabalho monográfico, de acordo com o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei.

Ratificando o que já foi comentado anteriormente, o Brasil é visto como o país do multiculturalismo, onde várias raças, etnias e religiões convivem harmoniosamente entre si. Tem-se, em tese, que, em solo brasileiro, não há discriminação como em outros lugares.

Ledo engano, pois, como é sabido, em nosso país paira “uma forma de discriminação velada, trazida por ofensas e comentários desairosos à pessoas e instituições, que demonstram a face segregativa de muitos”. (NUCCI, 2017, p. 861)

Expondo a gravidade dos crimes de caráter racial e a necessidade de medidas sancionatórias capazes de punir de forma eficaz os delitos dessa natureza, o referido jurista assevera:

**Não há, pois, qualquer possibilidade, por força de mandamento constitucional, de se tolerar leis penais voltadas à punição de atos de discriminação racial com figuras típicas de contravenção penal ou com direitos apenados, tão somente, com detenção. Seriam inconstitucionais.** Essa é a razão pela qual sustentamos a inaplicabilidade da Lei n. 7.437/85 (editada antes da Constituição Federal de 1988, tecnicamente, nem mesmo foi recepcionada), que prevê contravenção penal relativa à discriminação racial, punida com mera prisão simples. **Ofensivos ao art. 5º, XLII, da CF, são todos os tipos previstos na referida Lei. Não há salvação [...]** (NUCCI, 2017, p. 292) (os grifos não constam na redação original)

Sendo assim, não é suficiente punir rigidamente alguém que impede a entrada de uma pessoa negra em um local público, se, de outro lado, não é punida adequadamente uma pessoa que consegue o mesmo resultado segregativo, afastando a pessoa do lugar que pretendia ingressar, por exemplo, valendo-se de comentários jocosos e humilhantes. (NUCCI, 2017, p. 861).

Mencionando as manifestações jocosas, Nucci (2017, p. 291) formula os seguintes questionamentos: “e as ‘inocentes’ piadas que se multiplicam em relação a minorias de toda espécie, que levam, igualmente, ao isolamento de alguém no ambiente de trabalho, de lazer, ou qualquer outro? [...]”, e, também, “as injúrias, por motivo de qualquer tipo de desigualdade, que afastam pessoas, colocando-as à margem de um contexto social qualquer?”.

Nesse sentido, é plenamente possível, por exemplo, que alguém obste, fisicamente, a entrada de um indivíduo negro em um estabelecimento comercial, da mesma forma que o citado óbice pode ser efetivado com uma manifestação verbal, como “negros não têm postura para ingressar no recinto” (NUCCI, 2017, p. 861).

Por conseguinte:

**A pessoa ofendida e humilhada retira-se do lugar, embora não tenha sido fisicamente impedida de ingressar. O dano foi o mesmo e a segregação está consumada de outra maneira.** Por isso, a injúria racial aplica a mesma pena: 1 ano de reclusão. É preciso que a sociedade entenda a importância da correta convivência inter-racial que uma nação, como a nossa, necessita assimilar e praticar. (NUCCI, 2017, p. 861) (Os grifos não constam na redação original)

Por isso, justificando a incidência das restrições constitucionais da imprescritibilidade e da inafiançabilidade aos crimes de caráter racial, Nucci (2017, p. 291-292) afirma, que, “por isso, qualquer lei que diga respeito a racismo [...], deve necessariamente prevenir crimes, sem a possibilidade de concessão de liberdade provisória com fiança, imprescritíveis e, muito importante, sujeitos à pena de reclusão”.

Além de defender a inserção da injúria racial no conceito de racismo, o jurista tece críticas aos juristas que entendem que, por não ser a injúria racial um dos tipos penais da Lei n. 7.716/1989, não pode, então, ser considerada como racismo, pois, nas opiniões destes, o rol da referida lei é taxativo.

Fomentando o debate acerca do tema, em artigo publicado na rede mundial de computadores, Nucci (2015), contribui com mais um questionamento sobre a temática: “onde está delineado na Constituição Federal que uma só lei terá legitimidade para definir uma prática racista como criminosa?” e, de pronto, ele mesmo responde “em nenhum lugar”.

Não por outra razão, esse jurista compreende o racismo como gênero, do qual outras formas de discriminação e preconceito de cor, origem e etnia se deduzem e são espécies, não importando, para a configuração do racismo, que o crime esteja positivado em lei única e específica, mas sim que possua caráter de crime racial. (NUCCI, 2017, p. 860).

Nessa mesma esteira, afirma Nucci (2015):

Eis o motivo pelo qual jamais usei analogia, pois o tipo da injúria racial está perfeitamente previsto em lei (inexiste lacuna). Jamais usei interpretação extensiva, pois não creio que racismo – como prática, termo usado na Constituição Federal – se defina única e tão somente numa exclusiva lei.

Ilustrando, mais uma vez, a gravidade do crime previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal, esse autor destaca que, se não fosse o delito de injúria preconceituosa, Adolf Hitler não teria êxito em convencer a sociedade alemã de que o povo judeu deveria ser dizimado da face da terra. Para Nucci (2015), “mais forte, portanto, é a injúria racial porque provoca o convencimento nas pessoas de que um ser humano é inferior a outro”.

Além disso, segundo ele,

[...] **A injúria racial é a mais aguçada e eficiente forma de segregação de grupos minoritários existentes em sociedade.** Basta verificar que todos os tipos penais da Lei 7.716/89 são inócuos, exceto o artigo 20 (uma singela conferência à jurisprudência nacional verá a quase total ausência de condenações com fundamento na Lei 7.716/89). Afinal, ninguém se atreve a impedir, fisicamente, a entrada de uma pessoa no estabelecimento comercial em virtude de raça (seja como for a visão do agressor racista). É muito visível. Faz-se prova muito fácil. O melhor é injuriá-lo, veladamente, pois a própria vítima, humilhada, se retira. Como não compreender que a injúria racial machuca muito mais que as tolices dos tipos da Lei 7.716/89, como o artigo 12 (impedir o acesso a transportes públicos). Quem seria o maluco a ficar defronte um ônibus, metrô, avião etc., com uma placa: “proibida a entrada de...”? Ou um funcionário no guichê recusando-se a vender passagens a certas pessoas? (Os grifos não constam na redação original) (NUCCI, 2015).

Outro ponto de divergência, da corrente defendida neste tópico em relação à corrente majoritária, é o entendimento de que a injúria preconceituosa não pode ser vista como forma de crime de racismo, por ambos se tratarem de tipos penais distintos.

Novamente, de forma notável, Nucci (2015) assinala que, os que acreditam ser a injúria racial apenas mais um crime contra a honra, como os demais estabelecidos no Código Penal, certamente nunca foram vítimas de injúria racista, que é delito que fere profundamente as vítimas e exclui as minorias. Em sua opinião, a injúria racial é uma das práticas racistas mais nefastas.

Nesse sentido, apresenta esse autor mais uma crítica:

Custa-me crer que alguns achem que o injuriador racial é um ingênuo; ele não chama a vítima de “preto com alma de branco” porque ele é racista. Por que então o faz? Para manchar a honra da vítima? Sinceramente, sejamos francos e honestos, dizer que um sujeito é de pele negra, mas tem alma de branco é simplesmente asqueroso. É racismo puro (NUCCI, 2015).

Acrescentando a opinião acima, o referido autor relembra, de forma pertinente, não existir um tipo penal de racismo em si, algo como “ser racista, pena de reclusão de x anos”. O racismo, na realidade, é uma prática, na qual segregações são levadas a feito, tendo como base uma suposta superioridade de alguns seres humanos em detrimento de outros, estes, por sua vez, considerados inferiores. E é por isso que existem diversos tipos penais que representam o racismo.

Sendo assim, cada um dos tipos penais previstos na “Lei Caó” é uma forma distinta de praticar o racismo. É por isso, também, que a injúria racial, ainda que positivada no Código Penal brasileiro, é mais um modo possível de se praticar racismo, haja vista a prática segregativa abranger um leque de diversas possibilidades delitivas.

#### **4.3.2 Posições jurisprudenciais**

4.3.2.1 Caso “Paulo Henrique Amorim x Heraldo Pereira”: Agravo em Recurso Especial n. 686.965/DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 983.531, julgado pelo Supremo Tribunal Federal

Após o julgamento da Apelação Criminal na Segunda instância e o julgamento de Embargos Infringentes, tanto Paulo Henrique Amorim, quanto Heraldo Pereira interpuseram, no ano de 2015, recursos especiais perante o Superior Tribunal de Justiça, cujos autos receberam o número 686.965/DF.

Na sua decisão monocrática, proferida no ano de 2015, o Desembargador relator, Ericson Maranhão, negou provimento ao recurso interposto por Paulo Henrique Amorim. De outro lado, deu parcial provimento ao recurso interposto pelo Assistente da acusação, o ofendido, reconhecendo o caráter imprescritível da injúria racial e afastando, assim, a prescrição que havia sido reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos embargos infringentes.

Também não satisfeito com a mencionada decisão, a defesa de Paulo Henrique Amorim interpôs novo recurso, desta vez de agravo contra a decisão monocrática citada anteriormente, que recebeu o número 686.965/DF.

Em face dessa nova investida recursal, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, aderiu ao entendimento exposto anteriormente pelo Ministro Relator, ratificando, na sua integralidade, o entendimento que este havia construído monocraticamente nos recursos especiais antes mencionados, e negando provimento ao agravo.

A ementa parcial do acórdão proferido nos autos do agravo foi a seguinte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL [...] IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA, IN CASU. RECURSO DESPROVIDO [...] 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. **De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.** 5. A injúria racial é crime instantâneo, que se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ofensa. No presente caso a matéria ofensiva foi postada e permaneceu disponível na internet por largo tempo, não sendo possível descartar a veracidade do que alegou a vítima, vale dizer, que dela se inteirou tempos após a postagem (elidindo-se a decadência) [...] (Os grifos não constam na redação original)

A defesa de Paulo Henrique Amorim, no ano de 2016, interpôs, perante o Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n. 983.531, contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, tendo o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, proferido decisão monocrática no sentido de que negar seguimento ao recurso. Interposto o Agravo Regimental n. 983.531 perante o Supremo Tribunal Federal, a sua Primeira Turma manteve o entendimento do monocrático do Ministro relator.

No seu voto, que foi integralmente acolhido pelos demais ministros presentes no julgamento, o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, aduziu, em síntese que, os fatos já haviam sido discutidos e analisados com afincamento e profundidade nas instâncias inferiores, e que, por isso, a decisão atacada estava devidamente fundamentada.

4.3.2.2 Apelação Criminal n. 0000188-83.2010.8.24.0103, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Segundo consta desses autos, na Comarca de Araquari, o apelante haveria, sem nenhum motivo aparente, dirigido-se até as proximidades da residência da vítima, onde a ameaçou e a injuriou, chamando-a de “negro vagabundo, sem vergonha, eu vou lhe matar”, “macaco”, entre outras palavras de baixo calão e ofensivas.

Com o deslinde do feito, ao final da instrução processual, o apelante foi condenado por infração ao disposto nos artigos 140, § 3º, e 147, *caput*, ambos Código Penal, em concurso formal.

Irresignado com o decreto condenatório, o apelante interpôs recurso de apelação, que recebeu o n. 0000188-83.2010.8.24.0103, no qual requereu sua absolvição em relação a injúria racial, afirmando que esse crime não havia acontecido, pois ele, por ser casado com a filha da vítima, não poderia ser considerado preconceituoso.

No parecer como órgão *ad quem* Ministério Público, o Procurador de Justiça opinou pela extinção da punibilidade do apelante, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Na sua decisão, proferida no dia 6 de março de 2018, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a imprescritibilidade da injúria racial, conforme se pode depreender da ementa do acórdão a seguir transcrita:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A HONRA E A LIBERDADE INDIVIDUAL (ARTS. 140, § 3º, E 147, *CAPUT*, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA ARGUINDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ACUSADO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA SOMENTE QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA. [...] **INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. FIGURA TÍPICA INTRODUZIDA AO CENÁRIO DO RACISMO COM O ADVENTO DA LEI N. 9.459/1997. ROL DA LEI N. 7.716/1989 QUE NÃO É EXAUSTIVO. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA QUE SE SUBSUME À PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 5º, XXIX. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO VERIFICADA NO TOCANTE A ESTE DELITO** [...] MÉRITO [...] ACUSADO QUE PROFERIU AO OFENDIDO DIVERSAS PALAVRAS DE CUNHO DISCRIMINATÓRIO, MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS ULTRAJOSOS REFERENTES À ETNIA. DOLO DE INJURIAR EVIDENTE. FATO TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL. ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO [...] PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Os grifos não constam na redação original)



Em seu voto, o Desembargador Relator, Leopoldo Augusto Brüggemann, utilizou como base de sua fundamentação, o precedente do Agravo em Recurso Especial 686.965/DF, do Superior Tribunal de Justiça, mencionado no subitem anterior.

Além disso, o referido Relator também acolheu o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, anteriormente exposto, conforme o trecho abaixo, o qual foi extraído do voto:

**[...] Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. [...] E é de CELSO LAFER a seguinte afirmação: "A base do crime da prática de racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior, em função de sua aparência ou origem.** (Os grifos não constam na redação original)

Ao final, a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau foi confirmada, sendo afastada a alegação de prescrição da injúria racial aventada pela defesa do apelante. Por conseguinte, foi mantida a condenação do recorrente por infração ao delito 140, § 3º, do Código Penal.

Nota-se que, de modo semelhante ao caso do jornalista Paulo Henrique Amorim, tratado no subitem anterior, neste também foi utilizado o argumento de existência de convivência com pessoas negras para tentar descaracterizar a conduta racista perpetrada pelo agente delitivo. No entanto, é evidente que essa mera convivência das pessoas não impede o cometimento de condutas racistas, pois, como bem ressaltado por Cruz e Vecchiatti (2016), “[...] não é preciso ser ideologicamente racista para ser condenado por racismo. Tendo proferido ofensas racistas, a pessoa deve ser condenada pelo crime de racismo”.

#### 4.4 UMA ABORDAGEM DO DA INJÚRIA RACIAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

##### 4.4.1 Aspectos gerais e introdutórios sobre os princípios

Os princípios são, para Martins (2012, p. 57) “a expressão de valores fundamentais que “por suas mãos” adentram o ordenamento jurídico”. O referido autor os considera a “tradução dos valores elementares que informam o sistema jurídico”, pois conferem harmonia e unidade às normas que concebem o mencionado sistema. Por esta razão, acredita não ser possível

extrair o sentido de um princípio apenas com o texto constitucional, sendo imprescindível a busca do seu significado com base em valores, emoções, sentimentos implícitos.

Sobre valores, a pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos. Tem-se, na pessoa humana, a razão de ser e o fim da integralidade das normas jurídicas.

Acreditava-se que os princípios tinham apenas caráter de auxiliar no caso concreto. No entanto, Martins (2012, p. 100) pontua que esta concepção foi superada, ao menos no Direito Constitucional, e que os princípios são normas vinculantes, sendo dotados de plena juridicidade.

Ainda que possuam similaridades, sabe-se que os princípios guardam certas distinções das regras e que cada uma dessas espécies exerce um papel no sistema constitucional. Segundo Martins (2012, p. 101), “a rigor os princípios constituem expressão de valores fundamentais do ordenamento jurídico, de tal sorte que, do ponto de vista material, seriam superiores as demais normas (regras).

Sob a ótica formal, tem-se que a distinção entre princípios e regras seja meramente no grau de cada um. Isso porque, enquanto os princípios possuem alto grau de abstração e baixa densidade normativa, as regras possuem baixo grau de abstração e grande densidade normativa. As regras são os chamados imperativos de conduta.

Os princípios também são dotados de vagueza, haja vista que admitem, “a partir de uma enunciação normativa larga e aberta”, concretização em inúmeras situações. Entretanto, esta prerrogativa não quer dizer que os princípios sejam imprecisos, uma vez que, a partir do contexto histórico em que são aplicados, é possível identificar o seu significado determinado. (MARTINS, 2012, p. 101)

Ainda, aos princípios também é atribuída generalidade, pois “comportam uma série indefinida de aplicações”. Apesar disso, a generalidade atribuída aos princípios não se confunde com a das regras, pois a estas, ainda que sejam aplicáveis a um indeterminado número de atos, de modo distinto aos princípios, não têm aplicação indefinida (MARTINS, 2012, p. 101).

Outro ponto de distinção entre as espécies é na questão da incidência (aplicação). As regras gozam de estrutura que lhe permitem incidir, tão somente, em situações determinadas. De outra banda, os princípios, que contam com estrutura aberta, podem ter incidência nos mais variados casos concretos. Com isso, segundo Martins (2012, p. 102), resulta evidente

que, de modo diverso a “entendimentos que negavam aplicação imediata aos princípios, que eles podem atuar desde logo na direta orientação da solução jurídica dos casos”.

Além do já exposto, a distinção entre princípios e regras fica ainda mais evidente quando se verifica a solução dada aos conflitos de princípios e aos conflitos de regras.

Quando da ocorrência de colisão entre princípios, no caso concreto, um deles cede diante do outro (relação de precedência condicionada). Todavia, não significa que o princípio que “perdeu o seu espaço” seja inválido ou que se introduza uma cláusula de exceção. No caso, ele é afastado, tão somente, devido as circunstâncias do caso concreto. Conforme Martins (2012, p. 93), o método é conhecido como ponderação de direito e bens constitucionalmente envolvidos ou ponderação de interesses, a depender da doutrina utilizada.

Já no conflito entre regras, o imbróglio só tem solução com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a introdução de uma cláusula de exceção. Geralmente, em casos concretos, a incidência de uma regra acarreta na exclusão das demais.

#### **4.4.2 O princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estando prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, junto da soberania, cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político.

Nesse sentido, atentando-se à sua localização na Carta Magna, haja vista que posicionada no “Título I – dos Princípios Fundamentais”, infere-se que o constituinte de 1988, ao invés de inserir a dignidade da pessoa humana no rol de direitos e garantias fundamentais, na realidade a elevou à condição de princípio e valor fundamental da República (SARLET, 2011, p. 81).

Ainda, além de ter sido positivada na Constituição Cidadã numa forma principiológica, a dignidade da pessoa humana também possui o caráter de valor-guia do ordenamento constitucional pátrio. De acordo com as lições de Martins (2012, p. 98), “o postulado da dignidade da pessoa humana não é, portanto, criação constitucional, mas valor que a Constituição decidiu atribuir máxima relevância jurídica mediante formulação principiológica (deontológica) e expressa incorporação ao sistema jurídico constitucional”.

Por esta razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional com pretensão de plena normatividade, a qual está devidamente demonstrada pela opção do constituinte em conferir-lhe o caráter de princípio fundamental e em colocar-lhe em patamar axiológico superior (MARTINS, 2012, p. 98).

Em sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana se configura na forma de mandado de otimização, ordenando, em seu caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa, a qual deve ser realizada na maior medida possível, levando em conta as condições fáticas e jurídicas existentes (SARLET, 2011, p. 87)

Ora, os valores adentram o ordenamento jurídico pela sua positivação nas regras e princípios e, em especial, nos princípios constitucionais. Esse processo, todavia, não é mecânico e muito menos automático, mas fruto de lenta e gradual construção histórica, não se reduzindo, portanto, a um simples apropriar de valores pelo sistema constitucional [...] (MARTINS, 2012, p. 99).

Por isso:

O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio nas Constituições contemporâneas, e também na brasileira representa a passagem de um sistema axiomático-dedutivo, tipicamente positivista, para um sistema axiológico teleológico, que se propõe aberto aos valores, fins e as razões históricas. Trata-se, portanto, de um marco na evolução do constitucionalismo brasileiro e na efetiva democratização do Estado instituído pela Constituição de 1988. (MARTINS, 2012, p. 110).

Para melhor compreensão, a pessoa humana descrita no artigo 1º da Carta Magna, deve ser entendida em uma dimensão axiológica, visto que a palavra “humana” está servindo de adjetivo ao termo “pessoa”. Especialmente no mundo jurídico, no qual o termo “pessoa” poderia dar margem a controvérsias, foi que o constituinte adotou a expressão “pessoa humana”, com o intuito de evidenciar que, para a incidência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, basta apenas ser humana para que a pessoa possa gozar de proteção constitucional.

Assim, o termo “pessoa humana” não objetiva fazer oposição à pessoa jurídica ou natural, também presente no direito brasileiro, mais precisamente no Código Civil. Por conseguinte, “pessoa humana” é qualquer ser humano que, pelo simples existir, é tido como pessoa para fins de proteção constitucional. Identifica-se, portanto, a expressão “pessoa humana”, com o sentido de ser humano” (MARTINS, 2012, p. 118).

Enquanto condição de valor, bem como princípio normativo fundamental, a dignidade da pessoa humana exige e pressupõe tanto o reconhecimento quanto a proteção de todos os direitos fundamentais, não importando a dimensão que se encontrem, ainda que nem todos eles tenham fundamento imediato naquele princípio (SARLET, 2011, p. 101)

Não por outro motivo, se não reconhecidos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, estar-se-á negando a ela a sua dignidade. Essa constatação, de acordo com Sarlet (2011, p. 101) remete a afirmação, controversa, diga-se de passagem, de que ter dignidade é, tão somente, ter direitos e/ou ser sujeito de direitos.

Mais do que sujeito de direitos, a dignidade da pessoa humana enseja uma qualidade de todo e qualquer ser humano, os quais se destinam, além do respeito e proteção do Estado, o respeito e qualidade das demais pessoas (civis, particulares), visando o impedimento de submissão a situações desumanas e degradantes, e também a garantia do direito de acesso a condições existenciais mínimas.

Sobre direitos, como brevemente comentado no princípio deste tópico, a dignidade da pessoa humana não foi alocada no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo assim, afirma-se não ser possível se reconhecer um direito fundamental à dignidade, ainda que, por vezes, existam menções nesse sentido.

Justificando essa afirmação, a dignidade surge como qualidade inerente à pessoa humana que está “a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna” (SARLET, 2011, p. 84).

Nesse mesmo sentido de valor imanente à condição humana, a dignidade da pessoa humana identifica o ser humano como único e especial, possibilitando que este exija respeito por ser alguém que tem sentido em si mesmo. Como ressaltado, por ser essencial e intrínseca à vida, a dignidade da pessoa humana deve percorrer o ciclo de vida junto a pessoa, que é a sua razão de ser, estando junto do nascimento até a morte. (MARTINS, 2012, p. 115)

Conforme ressaltado acima, quando dito que a pessoa, em função de sua qualidade, merece e deve exigir o respeito, tanto do Estado, quanto dos particulares, cabe ressaltar que o princípio constitucional em comento implica que as pessoas assumam outras responsabilidades para além das suas consigo mesmo, por de certa forma também se tornarem, em certa medida, responsáveis pelo próximo, haja vista todos possuírem deveres diante do meio que pertencem.

De acordo com Martins (2012, p. 120), isso quer dizer que, por mais individuais que sejam as escolhas que fazemos, essas decisões refletem em toda a comunidade. Esse autor pontua, também, que “a dignidade se apresenta como uma fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que diversos temas polêmicos, e de grande repercussão, sejam realizados sob seu manto”.

Diante da importância e magnitude desse princípio constitucional, por vezes, questiona-se se este possui caráter absoluto. Segundo Martins, tanto um caráter absoluto quanto o contrário, implicam em riscos para a eficácia normativa da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, se realmente considerado como um “superprincípio”, de caráter absoluto, estar-se-ia relativizando demasiadamente a normatividade de outros princípios, também importantes no ordenamento jurídico brasileiro, causando o risco de se banalizar a dignidade da pessoa humana. Do outro lado, se considerado como princípio relativo, quando levado a extremos, existiria a possibilidade de sua aplicação ser restringida indevidamente. (MARTINS, 2012, p. 139).

Sendo assim, para Martins (2012, p. 140), ainda que não se possa considerar a dignidade da pessoa humana como princípio absoluto, haja vista que nem sempre o referido princípio tem incidência imediata e direta nos casos, o valor que este princípio fundamental apresenta é sempre absoluto. Ou seja, “embora o princípio da dignidade da pessoa humana não seja em si mesmo absoluto, no sentido de sempre ser aplicado na solução do caso concreto, temos que ele alberga um valor absoluto”.

Derradeiramente, em relação ao referido princípio, convém ressaltar que a dignidade da pessoa humana é vista sob a ótica de duas dimensões distintas, uma positiva e outra negativa, consistentes, respectivamente, em direitos de prestação e direitos de abstenção que a pessoa possui diante do Estado e dos demais componentes do meio social. Este caráter simultâneo atribuído ao citado princípio deve-se ao fato de que, a dignidade da pessoa humana, concomitantemente, atua como limite e tarefa dos poderes estatais. (BISSOLI FILHO, 2016, p. 35).

Nesse sentido, Bissoli Filho (2016, p. 35), comentando o entendimento de Sarlet, aduz que, em sua dimensão negativa, além de impossibilitar que a pessoa seja tratada como mero instrumento da ação própria e de terceiros, a dignidade da pessoa humana também se configura como um princípio que impede atos que violem ou exponham o cidadão à graves ameaças, pois atua como princípio gerador de direitos fundamentais.

Por outro lado, de acordo com o sentido prestacional que lhe é atribuído, a partir da dignidade da pessoa humana surgem diversos deveres conferidos ao Estado, com o objetivo concreto de preservar a dignidade do cidadão, por meio de medidas que lhe asseguram o respeito e a promoção de sua dignidade enquanto membro da sociedade. (BISSOLI FILHO, 2016, p. 35).

#### **4.4.3 O princípio da igualdade**

O princípio da igualdade está positivado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que conta com a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

De acordo com Dallari (1994, p. 36), “a igualdade mais proclamada e aparentemente mais assegurada é a igualdade de todos perante a lei”. Num primeiro momento, as obrigações legais são dirigidas a todos os cidadãos, sem distinções de qualquer natureza. Além disso, as leis devem ser aplicadas de igual modo a todos. Por isso, pelo princípio da igualdade jurídica, uma lei é considerada inconstitucional se conceder privilégios para direitos e obrigações.

No entanto, quando considerados diversos fatores, de diferentes naturezas, como condições sociais e econômicas, preceitos e preferências, e inclusive os interesses dos aplicadores da lei, segundo Dallari (1994, p. 35-36), aí se percebe que não existe igualdade.

No seu sentido jurídico formal, o princípio da igualdade aparece como um direito fundamental ao exercício da cidadania, contrapondo-se a um dever negativo atribuído ao Estado e aos cidadãos, qual seja, a obrigação de não discriminar.

Silva Jr (2002, p. 114) explica o caráter “negativo” do dever acima mencionado, pois ficam vedadas, por exemplo, “elaboração de leis que estabelecem privilégios; discriminação no exercício dos direitos e garantias fundamentais; e discriminação na aplicação das leis”.

O princípio da igualdade, conforme Mello (2004, p. 22), possui dois objetivos, sendo eles: assegurar garantias individuais contra perseguições, razão da sua localização na parte da Constituição com título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e impedir favorecimentos.

Nesse sentido, o que a ordem jurídica busca com o princípio da igualdade é que sejam obstadas desigualdades fortuitas ou sem justificativas plausíveis entre os cidadãos. Para alcançar esse objetivo, com o referido princípio, “o sistema normativo concebeu fórmula hábil

que interdita [...] tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos [...] colham a todos sem especificações *arbitrárias*” (MELLO, 2004, p. 18)

No entanto, diante de determinadas circunstâncias, se aplicada sem análise e ponderação, apenas pela “letra da lei”, a igualdade acaba por não alcançar os seus objetivos, isso porque, somente porque existem desigualdades:

“[...] é que se aspira a igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça, daí porque o legislador, sob o impulso das forças criadoras do direito [...] deve progressivamente publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações dos grupos sociais [...] (Silva *apud* SILVA JR., 2002, p. 111-112)

Sendo assim, existem as discriminações permitidas. O critério que distingue as discriminações vedadas das não vedadas é de natureza constitucional. Por isso, são vedadas as discriminações que atentam aos direitos e liberdades fundamentais, de modo que, nem todas as discriminações serão punidas, mas, tão somente, as que resultarem em violações de direitos e desigualdade. (SILVA JR, 2002, p. 111)

Ainda sobre o critério de diferenciação entre discriminações permitidas e proibidas, de acordo com Mello (2004, p. 39), o fator de discriminação utilizado para delimitar os atingidos por uma situação jurídica pode ser qualquer elemento presente neles. Porém, para este fator de discriminação, é imprescindível “guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta”.

Uma lei não pode conferir tratamento distinto, seja ele vantajoso ou desvantajoso, com base em traços e circunstâncias peculiares de um grupo de indivíduos, se não houver adequação entre o fator da discriminação e o regime de tratamento dado aquelas pessoas que são inseridas na categoria diferenciada (MELLO, 2004, p. 39). Por essa razão, é que um fator neutro, em relação a situações, coisas ou pessoas, é considerado fator de discriminação inidôneo.

Isso quer dizer que a discriminação levada a efeito não pode ser gratuita ou fortuita, devendo existir, obrigatoriamente, adequação entre o tratamento diferenciado e a razão que deu existência à discriminação. (MELLO, 2004, p. 39)

Para fins de exemplificação, Mello (2004, p. 40) explica que não pode ser deferido a profissionais de determinada região do país, apenas por estarem naquele local, tratamento



jurídico mais benéfico ou maléfico, pois “discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área espacial em que estejam sediados”.

Todavia, poderão existir, nessa região, situações e circunstâncias distintas entre si, que, por suas próprias condições, sejam capazes de se configurar como elementos diferenciais pertinentes. Assim, não será a localização motivação capaz de ocasionar e justificar a discriminação entre os ali inseridos, que se sujeitam àquelas condições, mas sim os elementos nela existentes.

Por conseguinte:

Esse princípio (da igualdade) não é, todavia, absoluto. As próprias constituições ao consagrá-lo nem por isso renegam outras disposições que estabelecem desigualdades. Assim, não é dado invocá-lo onde a Constituição, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade [...] Ele proíbe as distinções arbitrárias, ou seja, destituídas de fundamento objetivo, racionalmente justificável [...] **O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias [...]** Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de justiça. (Os grifos não constam na redação original) (FERREIRA FILHO *apud* SILVA JR., 2002, p. 111)

Nessa mesma esteira, Silva Jr (2002, p. 113) afirma que “o sistema constitucional brasileiro correlaciona igualdade e discriminação em duas fórmulas distintas, complementares e enlaçadas em concordância prática”. Por isso, ficam vedadas as discriminações nos casos em que sua ocorrência culminaria em desigualdades; porém, ficam permitidas quando necessárias à promoção da igualdade, de modo a compensar as desigualdades (infelizmente) existentes entre os cidadãos.

Por isso, além do já mencionado caráter de obrigação negativa atribuída à igualdade, consistente num papel passivo, de abstenção, de modo a não ocasionar discriminações, subsiste, também, o caráter de obrigação positiva, de papel ativo, que impõe a prestação (obrigação de fazer), consistente na promoção da igualdade. Tem-se, dessa forma, que o princípio da igualdade é revestido de caráter binário (SILVA JR., 2002, p. 113)

Na Constituição Federal de 1988, percebe-se que, ao proibir distinções com base no sexo, na raça, nas convicções políticas, nas crenças religiosas, no trabalho das pessoas, o constituinte pôs em evidência elementos sociais que não podem, “por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de *discrimen*” (MELLO, 2004, p. 17).

Por assim ser, ao colocar exemplos de discriminações não permitidas no artigo 5º da Carta Magna, o objetivo era ressaltar que esses elementos não podem ser usados como fatores

de discriminação na sociedade. Sendo assim, o constituinte de 1988 “recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados”. (MELLO, 2004, p. 17-18)

No entanto, alguns desses elementos, como raça, sexo e religião são objetos de instrumentos normativos que buscam a proteção dos pertencentes a esses grupos, as chamadas minorias. O fator de discriminação é de fácil compreensão, pois esses grupos possuem peculiaridades que lhe afastam dos elementos tidos como padrão social.

Nesses casos, mais uma vez a igualdade mostra o seu caráter binário, haja vista que, em alguns casos, o ordenamento jurídico intervém no intuito de proteger o cidadão, em ocasiões como a Lei Maria da Penha. Por outro lado, em situações distintas, o que se busca é a equiparação entre as pessoas, buscando a promoção da igualdade, como no caso da Lei de Cotas e do Estatuto da Pessoa com deficiência.

Segundo Mello (2004, p. 42), não é suficiente que se estabeleça um nexo entre a diferença e um posterior tratamento adequado. Mais do que isso, esse autor defende que o vínculo entre diferença e tratamento seja pertinente na esfera constitucional. Em sua opinião, “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”.

Defendendo que os valores constitucionais sejam observados na aplicação, da lei Mello (2004, p. 42) ensina que “[...] a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento [...]”.

#### **4.4.3 Fundamentação sobre a inserção da injúria racial no conceito de racismo decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade**

Para se proceder a presente abordagem, que visa expor os fundamentos relativos à inserção da injúria racial no conceito de racismo decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade, entende-se ser necessária uma breve recapitulação de alguns pontos já trabalhados no decorrer desta monografia.

De acordo com o que foi previamente abordado neste trabalho monográfico, o racismo é um fenômeno social enraizado na história da humanidade, e, como não poderia deixar de ser, também na história do Brasil.

O racismo já causou danos nefastos à população mundial, mostrando todo seu poder de devastação no holocausto e no escravismo, por exemplo. Não obstante isso, infelizmente a realidade racista perdura e segue fazendo novas vítimas, ocasionando efeitos negativos ao redor do mundo.

No contexto da realidade brasileira, as populações negra e indígena, certamente, são as que mais carregam as marcas vindas do racismo, haja vista que, desde o descobrimento do Brasil, as referidas populações foram dizimadas pelo genocídio, exploradas, deixadas à margem social e subalternizadas, além de não serem devidamente reconhecidas pelas contribuições que tiveram no desenvolvimento do nosso país.

Em decorrência disso, os infortúnios experimentados nos séculos passados pelos indígenas e pelos afrodescendentes refletem nos tempos atuais, vistos que, junto de outros agrupamentos presentes na sociedade (as chamadas minorias) negros e indígenas são marginalizados de diversas formas.

O racismo, basicamente, é a crença na superioridade de certos grupos em detrimento de outros, considerados inferiores em aspectos sociais, culturais e intelectuais, por exemplo. Ainda que alguns acreditem piamente que o racismo não faz parte da realidade mundial, pelo “simples fato” de diversas culturas dividirem espaço na sociedade, na realidade, as manifestações racistas se proliferam progressivamente em solo brasileiro.

Como ressaltado pelo Ministro Maurício Corrêa no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS (Caso Ellwanger), o preconceito racial surgiu da divisão dos seres humanos em raças, tendo tal divisão se originado a partir de intolerâncias político-sociais.

Nesse sentido, ainda que a concepção do racismo em seu viés científico tenha sido superada, com a afirmação da ciência de que as diferenças entre os seres humanos são ínfimas, não existindo, portanto, raças distintas, ainda assim, a crença na efetiva existência de uma “raça superior” subsiste no imaginário da população mundial.

Confirmando tal realidade, entre uma gama de condutas racistas noticiadas praticamente todos os dias, tem-se declarações recentes afirmando que os brasileiros herdaram a indolência do índio e a malandragem do africano, e que bonito é alguém resultado do “branqueamento da raça”.

Ainda assim, bastante se acredita na ideia de convivência na chamada sociedade da “democracia racial”. A falta de consciência racial, aliada à ignorância, culmina em uma compreensão deficitária e negligência no tratamento de casos raciais.

Nesse sentido, a modalidade qualificada (preconceituosa) do delito de injúria racial foi criada com o intuito de coibir as constantes desclassificações operadas em casos de cometimento de racismo (crime imprescritível e inafiançável), quando frequentemente era utilizada a escusa de cometimento de crime contra a honra e não do delito que afronta os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Em relação aos mencionados princípios, conforme anteriormente exposto, a igualdade é um direito fundamental previsto na Constituição de 1988, possuindo caráter peculiar, haja vista ter caráter duplo: de um lado, ficam proibidos, o Estado e seus cidadãos, do cometimento de discriminações que resultam em desigualdade. No entanto, de outro lado, o referido princípio permite discriminações, quando estas forem necessárias à promoção da igualdade entre a população, de forma a atenuar as desigualdades existentes entre os diversos agrupamentos sociais que compõem a sociedade brasileira.

Analisando o caráter duplo da igualdade, é possível perceber que, quem se vale de elementos como raça, cor, etnia, religião etc. para ofender outrem, notavelmente está infringindo o caráter negativo do princípio em comento, haja vista a manifestação preconceituosa estar causando a desigualdade que se quer combater.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um dos princípios fundamentais e pilares norteadores da República Brasileira e serve de fonte imediata para a solução de casos das mais diversas naturezas.

Como visto anteriormente, de forma semelhante ao princípio da igualdade, a dignidade da pessoa humana também é revestida de caráter duplo, pois possui uma dimensão prestacional, e, de outro lado, um dever de abstenção, dimensões estas estendidas tanto ao aparato estatal quanto aos cidadãos conviventes no meio social, tudo com o fim de preservar e promover a dignidade, qualidade inerente a toda e qualquer pessoa humana.

A existência desse princípio acarreta uma série de obrigações (as quais estão previstas na Constituição Federal) especialmente do Estado em relação aos seus cidadãos, entre eles o repúdio e combate ao racismo, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Atualmente, o entendimento majoritário nas doutrinas e jurisprudências pátrias é no sentido de diferenciar os delitos de injúria racial e de racismo com base no alcance dos crimes e nas ofensas aos bens jurídicos tutelados, haja vista que, naquele, o bem a ser preservado é a honra da vítima, enquanto neste, os bens são a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Parece-me claro que, tanto a ofensa que configure injúria racial quanto aquela que se consuma na forma de racismo contêm ofensas que denotam desprezo à determinada cor, etnia, religião e pessoas de nacionalidades distintas. Arrisco-me a afirmar que o *animus* de um ofensor que se utiliza de tais elementos visando a ofender o próximo, em qualquer delito de caráter racial, é o mesmo. A repulsa, o desdém e o ódio se fazem presentes em qualquer dessas ofensas.

As razões para proferir ofensas nesse sentido são as mais diversas, no entanto, todas convergem para motivos como o desprezo, a crença na superioridade de uns em detrimento de outros e a inferioridade cultural, intelectual e social de certos grupos.

Sendo assim, qual a razão para se conferir tratamentos distintos a delitos que possuem a mesma natureza discriminatória? Qual a diferença entre xingar *uma* pessoa mediante a utilização de elementos de raça, de cor, de etnia e de religião, e xingar *uma coletividade* valendo-se desses mesmos elementos?

Uma pessoa vítima de injúria racial qualificada pelo preconceito, por certo, tem sua honra maculada pela ofensa; mas e a sua dignidade como pessoa humana? E a sua igualdade diante do outro, ainda que possua “traços peculiares”? Uma só vítima possui relevância ou os princípios constitucionais só devem ter incidência se mais de um cidadão for ofendido?

Se utilizar elementos como raça, cor, etnia, religião e nacionalidade para ofender alguém não é racismo, então por que ressaltar estes elementos no intuito de depreciar alguém? Isso seria, no mínimo, contraditório.

Nesse sentido, mais uma lição do Ministro Maurício Corrêa:

Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerando apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos [...] (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2003).

Em verdade, seguindo o entendimento de Nucci (2015), “o racista afronta a dignidade humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e pode fazê-lo de variados modos; o mais utilizado é por meio da injúria racial, típica prática do racismo”.

Com efeito, por acreditar que a injúria racial é apenas mais uma das formas em que o racismo pode ser cometido, por defender a primazia dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e por achar artificial o critério diferenciador entre os delitos de racismo e injúria racial, é que a autora deste trabalho monográfico compartilha do entendimento defendido pelo doutrinador Guilherme de Souza Nucci e das jurisprudências que seguem essa orientação doutrinária, a fim de que se proceda à inserção da injúria racial no conceito de racismo para fins constitucionais, com a incidência das restrições da imprescritibilidade e inafiançabilidade.

Derradeiramente, de modo a finalizar o debate, transcreve-se trecho de artigo publicado pelo referido jurista, nos termos que seguem: se usar elementos raciais (no seu amplo sentido) para humilhar, decompor a pessoa, inseri-la em ambiente inferior e terminar com sua autoestima não é racismo, então [...] nem eu mesmo entendo o que é racismo.” (NUCCI, 2015).

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho monográfico teve como objetivo principal demonstrar se é possível a inserção da injúria racial no conceito de racismo para fins constitucionais, ou seja, debater sobre a possibilidade de incidência dos institutos da imprescritibilidade e da inafiançabilidade ao crime previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Para isto, inicialmente a pesquisa direcionou-se à abordagem dos aspectos históricos e sociológicos do racismo, evidenciando a presença perene do referido fenômeno político-social na história da humanidade e o poder de segregação e exploração que esta prática carrega consigo.

Nesse sentido, foi demonstrado que, no Brasil, o racismo existe e persiste fortemente e atua principalmente em desfavor das populações indígena e negra, sendo esta última o foco de estudo desta monografia. Em seguida, considerando o viés com que a prática segregativa atua na sociedade, foram expostas diversas considerações e conceitos de racismo, sendo, ao final, elaborado um conceito sociológico deste.

Além dos aspectos sociológicos e históricos, como não poderia deixar de ser, o racismo também foi abordado sob seu viés jurídico, com uma breve exposição acerca da evolução legislativa dos crimes de caráter racial e com a demonstração dos crimes raciais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, a análise recaiu sobre os institutos da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, restrições constitucionais estas que incidem sobre (a maioria dos) crimes de caráter racial. Diz-se maioria, pois, a princípio, a injúria racial é considerada prescritível e afiançável.

Neste ponto do trabalho, foi utilizado como parâmetro de análise o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em face d qual, após quase um ano de sessões de julgamento, resultou consolidado o entendimento - baseado no conceito de racismo sociológico -, no sentido de que as publicações de cunho antisemita feitas pelo paciente Siegfried Ellwanger eram sim racistas, ainda que os judeus não integrem uma “raça” no sentido tradicional do vocábulo. Após as considerações feitas no decorrer do julgamento e ao cunho racial atribuído às manifestações do paciente, o crime cometido no caso em tela foi considerado imprescritível e inafiançável, vindo a se tornar um precedente significativo para casos de racismo no nosso país.

No terceiro e último capítulo, foram expostas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrárias e favoráveis à inserção da injúria racial no conceito de racismo, a fim de demonstrar quais devem prevalecer sob a ótica da tutela penal da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Ficou demonstrado que, do lado desfavorável à referida inserção, ainda é utilizado o parâmetro tradicional para diferenciar os crimes de racismo e injúria preconceituosa, sendo o mencionado parâmetro baseado no alcance numérico que as condutas discriminatórias conseguem alcançar.

De outro lado, resultou evidenciado, também, que o entendimento construído pelo jurista Guilherme de Souza Nucci vem conquistando espaço e notoriedade no debate construído em torno da temática, passando sua doutrina a ser utilizada na jurisprudência como base de fundamentação, conforme dois precedentes jurisprudenciais apresentados neste trabalho. A posição defendida pelo referido doutrinador é no sentido de se possibilitar que seja conferido o mesmo tratamento jurídico dos crimes de racismo previstos na Lei de Segurança Nacional e na Lei n. 7.716/1989 à injúria racial, a qual está prevista no Código Penal brasileiro.

Nesse sentido, aderindo à corrente doutrinária liderada por Guilherme de Souza Nucci, a autora desta monografia sustentou a inserção da injúria racial no conceito de racismo para fins constitucionais. A anuência com a mencionada inserção foi fundamentada com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Isso porque, quem ofende o próximo, valendo-se de elementos como raça, cor, etnia e religião, pouco importando o alcance eventualmente empregado pela discriminação, notadamente estará atentando contra a dignidade e igualdade de outrem, por acreditar que o ofendido é inferior pelo simples fato de pertencer a determinado grupo ou por possuir certas características, consideradas “peculiares” quando comparadas ao padrão imposto socialmente.

Sendo assim, entendendo que a dignidade de todo e qualquer ser humano não deve ser maculada, bem como que o direito a igualdade do indivíduo como membro da sociedade deve ser preservado, é que se concluiu que a injúria racial se insere no conceito de racismo, sendo perfeitamente adequada e necessária a incidência àquela das restrições constitucionais já incidentes nos vários tipos penais de racismo.



## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leandro Marques Ribeiro Valente. **Racismo e Injúria Racial no ordenamento jurídico brasileiro: análise da pertinência da diferenciação realizada pelos tribunais pátrios**. 2017. 25 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6711>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas** (tradução Lucia Guidicini, Alexxandro Berti Contessa). São Paulo : Martins Fontes, 1997.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. 1ª ed. – Florianópolis: Habitus, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal** : parte especial 2 : crimes contra a pessoa. 17. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

\_\_\_\_\_. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)

\_\_\_\_\_. Lei Afonso Arinos. **Lei n. 1.390, de 19 de dezembro de 1951**. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:sao.paulo:estadual:lei:1951-12-19;1390>

\_\_\_\_\_. Lei de Segurança Nacional. **Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm)

\_\_\_\_\_. Lei dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm)

\_\_\_\_\_. Estatuto da Igualdade Racial. **Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm)

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo em Recurso Especial nº 686.965. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP). Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201500822903](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500822903)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário com Agravo nº 983.531. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de março de 2017.

Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-barroso-paulo-henrique-amorim.pdf>>

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Criminal. Apelação Criminal. n. 2010 01 1 117388-3. Relatora: Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio. Brasília, DF, 20 de junho de 2013. Disponível em:

<[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130705-06.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130705-06.pdf)>

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 2009.039054-2. Relator: Desembargador Tulio Pinheiro. Florianópolis, SC, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em:

<[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAG/FUAAB&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAG/FUAAB&categoria=acordao)>

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Terceira Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 0000188-83.2010.8.24.0103. Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Florianópolis, SC, 06 de março de 2018. Disponível em:

<[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AA EAAIJNzAAO&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AA EAAIJNzAAO&categoria=acordao_5)>.

CALIXTO, Clarice Costa. **Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7049/4263>>

CLARO, Adriano Ricardo. **Prescrição Penal**. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta**. Jan. 2016. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>>

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. São Paulo : Brasiliense, 2004. – (Coleção primeiros passos ; 49)

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo**: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. 1998. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77655/139612.pdf?sequence=1>

FARIAS, Vilson. **Racismo à luz do Direito Criminal** (com incursão no Direito Comparado) – Aspectos materiais, processuais e sociológicos. Pelotas, RS: Editora Livraria Mundial, 2015

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo : Saraiva, 1998.

GONZALEZ, Lélia. **Lugar de Negro** / Lélia Gonzales e Carlos Hasenbalg. – Rio de Janeiro : Marco Zero: 1982

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Raça e os estudos das relações raciais no Brasil**. Novos Estudos, São Paulo, n. 54, p.147-156, 14 jul. 1999.

LAFER, Celso. **Parecer - o caso Ellwanger : anti-semitismo como crime da prática do racismo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 162, n. 41, p.53-89, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948>>.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1ª ed, (ano 2003), 7ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012.

MATTOSO, Kátia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil** : tradução James Amado. – São Paulo : Brasiliense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3º ed. São Paulo : 2004.

MOORE, Carlos. **Racismo e Sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo**. Belo Horizonte : Mazza Edições, 2007.

MOURA, Clóvis. **Brasil: raízes do protesto negro**. São Paulo : Global Ed. 1983.

\_\_\_\_\_. **Dialética racial do Brasil Negro**. São Paulo : Editora Anita, 1994.

MUNIZ, Ronaldo Pereira. **Crimes decorrentes de preconceitos – Lei n. 7.716/89: Análise dos princípios e dos mandados de criminalização**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-decorrentes-de-preconceito-lei-n%C2%BA-771689-an%C3%A1lise-dos-princ%C3%ADpios-e-dos-mandados-de-cr>>

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil**. Tempo Social: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 1, p.287-308, 1 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n1/a15v19n1.pdf>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Racismo: uma interpretação à luz da Constituição Federal**. Abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas** – 8. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. 14. Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Só quem nunca sofreu racismo acha que isso é mera injúria**. Out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-27/guilherme-nucci-quem-nunca-sofreu-racismo-acha-isso-injuria>>

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas** – 9. Ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado** – 17. Ed. rev., atual e ampl - Rio de Janeiro: Forense, 2017

OLIVEIRA FILHO, Pedro de; SANTOS, Isabella de Oliveira; SOARES, Michelle Beltrão. **Racialismo e antirracismo em discursos de estudantes universitários**. Rev. psicol. polít., São Paulo, v. 10, n. 19, p. 25-40, jan. 2010. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-549X2010000100004&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000100004&lng=pt&nrm=iso)

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. São Paulo - Livros Jurídicos, 1957.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei nº 7.716/89 e aspectos correlatos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. **Prescrição Penal e Imprescritibilidade**. Rio de Janeiro – Elsevier, 2010.

SANTOS, Elaine de Melo Lopes dos. **Racismo e Injúria racial sob a ótica do Tribunal de Justiça de São Paulo** – São Carlos : UFSCar, 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos. Disponível em <<https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/6726?show=full>>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. ver. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Racismo e antirracismo: a categoria raça em questão**. Rev. psicol. polít., São Paulo, v. 10, n. 19, p. 41-55, jan. 2010. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-549X2010000100005&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000100005&lng=pt&nrm=iso)>.

SILVA, Tatiana Dias. **O estatuto da Igualdade Racial**. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. Texto para Discussão, 1712. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1249/1/TD\\_1712.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1249/1/TD_1712.pdf)

SILVA JR., Hédio. **Anti-racismo – coletânea de leis brasileiras – Federais, Estaduais e Municipais**. 1. Ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes Ltda, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência**. – São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA, Neusa Santos. **Tornar-se negro: as vicissitudes da identidade do negro brasileiro em ascensão social**. – Rio de Janeiro : Edições Graal, 1983. Coleção Tendências; v. 4)

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. – 32. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.